



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**YURI SCHMITKE ALMEIDA BELCHIOR TISI**

**A NECESSÁRIA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES  
COM UNIDADES CONSUMIDORAS CONECTADAS ÀS DEMAIS  
INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA (DIT's)**

**Brasília  
2014**

**YURI SCHMITKE ALMEIDA BELCHIOR TISI**

**A NECESSÁRIA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES  
COM UNIDADES CONSUMIDORAS CONECTADAS ÀS DEMAIS  
INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA (DIT's)**

Monografia apresentada ao Centro Universitário  
de Brasília (UniCEUB/ICPD) como requisito para  
conclusão do curso de Pós-graduação *lato sensu* de  
Direito de Energia Elétrica.

Orientador: Prof. André Patrus Ayres

**Brasília  
2014**

**YURI SCHMITKE ALMEIDA BELCHIOR TISI**

**A NECESSÁRIA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES  
COM UNIDADES CONSUMIDORAS CONECTADAS ÀS DEMAIS  
INSTALAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA (DIT's)**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como requisito para conclusão do curso de Pós-graduação *lato sensu* de Direito de Energia Elétrica.

Orientador: Prof. André Patrus Ayres

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Nome completo

---

Prof. Dr. Nome completo

## **AGRADECIMENTOS**

Ofereço imensa gratidão, acima de tudo, ao Senhor Deus Criador de todo o Universo, àquele que é antes de todas as coisas e, através do seu Santo Espírito, iluminou todos os passos desta monografia. Agradeço também à minha família e esposa pelo apoio constante na persecução dos meus objetivos profissionais, bem como ao Dr. Claudio Girardi, Dr. Gilson Dias Pereiras e Dr. André Patrus Ayres por todas as oportunidades e contribuições que me foram prestadas na seara do setor elétrico brasileiro.

## RESUMO

A necessária isonomia que deve haver entre os consumidores livres, com unidades consumidoras conectadas às Demais Instalações de Transmissão – DIT's, decorre dos problemas oriundos das sucessivas Resoluções Normativas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, promovidas para separar as instalações físicas de âmbito das concessionárias de transmissão das de distribuição de energia elétrica, cujo resultado culminou na cobrança de Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD desses consumidores, ainda que os mesmos estivessem utilizando instalações de transmissão (ativos) das concessionárias de transmissão, em que o encargo pelo uso do fio se dá mediante pagamento da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST. A partir da metodologia de pesquisa analítico-dogmática, mediante análise normativa e conceitual, foram abordados aspectos históricos e atuais do setor elétrico brasileiro, com vistas a trazer um arcabouço geral sobre o novo modelo. Foi aprofundada uma análise específica sobre as normas que tratam do consumidor livre de energia elétrica, bem como do agente de transmissão de energia elétrica e suas espécies de instalações, cujo enfoque se aprofundou no âmbito das DIT's. Adicionalmente, deu-se especial relevo à questão da isonomia, sobretudo como direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988, através da exposição e aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais ao caso concreto. A partir da análise empreendida, chegou-se à conclusão de que a ANEEL descumpriu o direito fundamental à isonomia, na medida em que permitiu que alguns consumidores livres, que têm suas unidades consumidoras conectadas às DIT's, passassem a pagar tarifa diferenciada, conforme o caso, enquanto os demais, em situação semelhante, continuaram a pagar a TUSD.

**Palavras-chave:** Direito de Energia Elétrica. Transmissão. Consumidor Livre. Demais Instalações de Transmissão. Direito Fundamental à Isonomia.

## ABSTRACT

The required isonomy that must exist among free consumers, with consuming units connected to the Other Transmission Facilities – DIT (acronym in Portuguese), results from the issues coming from successive Normative Resolution of the National Electric Energy Agency – ANEEL (acronym in Portuguese), enforced in order to split off the physical facilities within the transmission concessionaires to the distribution concessionaries of electric energy, which resulted in the charging of the Usage Tariff of the Distribution System – TUSD (acronym in Portuguese) of those consumers, even though they were using transmission facilities (assets) of the transmission concessionaries, in which the obligation for the line using is given by paying the Usage Tariff of the Transmission System – TUST (acronym in Portuguese). From the analytical-dogmatic survey methodology, by means of normative and conceptual analysis, historical and current aspects of Brazilian electrical sector were reviewed, in order to bring a general framework about the new model. It has been detailed a specific analysis about the rules about electric energy free consumer, as well as the electric energy transmission agent and its facilities types, which focus was deepened into DIT (acronym in Portuguese). In addition, special emphasis was done to the issue of Isonomy, especially as a Fundamental Right defined by the Federal Constitution of 1988, through the exposition and enforcement of the Fundamental Rights Theory to the particular case. Based on the undertaken analysis, the conclusion reached was that ANEEL violated the Fundamental Right of Isonomy, in so far as defined that some of the free consumers, which have their consuming units connected to the DIT, have the right to pay a differentiated tariff, as the case may be, while others in similar situation continued paying the TUSD.

**Key words:** Electric Energy Law. Transmission. Free consumer. Other Transmission Facilities. Fundamental Right of Isonomy.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACL	Ambiente de Contratação Livre
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ALCOA	Alumínio S.A.
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCT	Contrato de Conexão ao Sistema de Transmissão
CELESC	Cellesc Distribuição S.A.
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais S.A.
CEMIG-D	Cemig Distribuição S.A.
CEMIG-GT	Cemig Geração e Transmissão S.A.
CMO	Custo Marginal de Operação
CPST	Contrato de Prestação de Serviço de Transmissão
CUST	Contrato de Uso do Sistema de Transmissão
DIT	Demais Instalações de Transmissão
DME	Distribuição S.A.
EDEVP	Empresa de Distribuição de Energia Vale Paranapanema S.A.
Elektro	Elektro Eletricidade e Serviços S.A.
ELETROPAULO	Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A.
FURNAS	Centrais Elétricas S.A.
ICG	Instalação de Transmissão de Interesse Exclusivo de Centrais de Geração para Conexão Compartilhada
IUEE	Imposto Único Sobre Energia Elétrica
kV	Quilovolt
kW	Quilowatt
MME	Ministério de Minas e Energia
NT	Nota Técnica
ONS	Operador Nacional do Sistema Elétrico
PCH	Pequena Central Hidrelétrica
PDC	Procedimentos de Comercialização
PLD	Preço de Liquidação de Diferenças

RAP	Receita Anual Permitida
REN	Resolução Normativa
RGE	Rio Grande Energia S.A.
RIMA	Rima Industrial S.A.
SIN	Sistemas Interligado Nacional
SRD	Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição
SRE	Superintendência de Regulação Econômica
SRT	Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão
TE	Tarifa de Energia Elétrica
TUSD	Tarifa de Uso dos Sistemas de Distribuição
TUSDg	Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição para centrais geradoras
TUST	Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão
UHE	Usina Hidrelétrica
UTE	Usina Termelétrica



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 O CONSUMIDOR LIVRE E O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....</b>	<b>12</b>
1.1 Aspectos históricos e atuais acerca do novo modelo do setor elétrico brasileiro ....	12
1.2 Consumidor livre de energia elétrica.....	16
1.3 Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão e de Distribuição.....	20
1.4 Serviço público de transmissão de energia elétrica .....	21
1.4.1 Conceituação jurídica da atividade de transmissão.....	21
1.4.2 Espécies de Instalações de Transmissão.....	25
1.5 Regulação das Demais Instalações de Transmissão – DIT's .....	31
<b>2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ISONOMIA.....</b>	<b>38</b>
2.1 Características essenciais dos direitos fundamentais .....	39
2.2 Princípio constitucional da igualdade.....	45
2.3 Princípio da isonomia aplicado aos agentes setoriais .....	46
<b>3 A NECESSÁRIA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES .....</b>	<b>48</b>
3.1 O caso dos consumidores livres ALCOA e RIMA.....	48
3.2 A necessária isonomia entre os consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às DIT's .....	55
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia resulta de pesquisa acerca da isonomia que deve haver entre os consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às Demais Instalações de Transmissão – DIT's. Com base nas diversas alterações regulatórias, oriundas da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, promovidas para separar as instalações físicas de âmbito das concessionárias de transmissão e das de distribuição de energia elétrica, diversos consumidores livres, com unidades consumidoras conectadas às instalações de transmissão pertencentes às concessionárias de transmissão, passaram a pagar a tarifa pela utilização das instalações de distribuição.

Esse foi o caso da Alumínio S.A. – ALCOA e da Rima Industrial S.A. – RIMA, ambos consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às instalações de transmissão, e que deveriam pagar somente as tarifas pela utilização dos ativos de transmissão, mas foram, ao invés disso, obrigadas a custear os elevados encargos de distribuição, em face da opção regulatória da ANEEL em classificar as DIT's, em que estão conectadas, como integrantes do âmbito da distribuição.

A ANEEL, ao analisar ambos os casos, entendeu que não seria razoável cobrar desses consumidores livres os elevados encargos de distribuição, pois não haveria perda de receita para as distribuidoras, nem tampouco investimentos ou participação das distribuidoras em tais instalações. Após a análise técnica, a ANEEL, mediante abertura de Audiência Pública, ainda não finalizada, beneficiou outros 03 (três) consumidores livres em situação idêntica, mediante pagamento de TUSD diferenciada. Contudo, diversos outros consumidores livres, em situação semelhante, não foram contemplados com esta medida, havendo, nesse sentido, descumprimento do preceito fundamental da igualdade, segundo a necessária isonomia que deve haver entre todos os consumidores em igualdade de condições.

Trata-se de um caso substancialmente complexo e que demanda a análise detida de diversas normas, perpassando por leis, decretos e resoluções, com vistas a apresentar as características básicas dos consumidores livres e dos agentes de transmissão de energia elétrica.

Sobre sua relevância, veja-se que pouco se tem dito e estudado sobre o tema proposto, o que não o desqualifica, pelo contrário, traz grande importância, sobretudo a respeito dos aspectos econômicos que permeiam os investimentos que demandam o serviço

público de fornecimento de energia elétrica. Ao tratar de fornecimento de energia elétrica, intrinsecamente confere-se especial relevo do assunto a toda a sociedade. Adicionalmente, denota-se relevância quando se está diante de critérios para definição de custos associados ao transporte da energia destinada à produção industrial, quando afetado ou onerado injustamente, pois reflete em inúmeras atividades condizentes à satisfação dos interesses individuais e coletivos da sociedade na produção, distribuição e comercialização de bens de consumo. Individualmente considerado, este tema foi um desafio como objeto de pesquisa, mormente ao fato da complexidade que envolve especificamente o direito de energia elétrica.

Com vistas a trazer a lume uma compreensão clara sobre a questão, foram abordados aspectos históricos e atuais do setor elétrico brasileiro, delineando questões específicas acerca do consumidor livre de energia elétrica e da prestação do serviço público de transmissão de energia elétrica, partindo-se de uma análise normativa e conceitual. Para tratar dos critérios de classificação das instalações de transmissão, com vistas a definir as respectivas espécies, utilizou-se uma análise conceitual através de definições estabelecidas por Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Na segunda parte da pesquisa, com vistas a conferir maior ênfase jurídico-constitucional à questão da isonomia que deve haver entre os agentes regulados – princípio este decorrente do direito fundamental à igualdade –, abordou-se o tema segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais, mediante exposição conceitual de clássicos autores internacionais como Robert Alexy, José Carlos Vieira de Andrade, J. J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Konrad Hesse, bem como relevantes doutrinadores brasileiros como Ingo Wolfgang Sarlet, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco e Flávia Piovesan.

A análise empreendida valeu-se da metodologia de pesquisa analítico-dogmática, mediante análise de aspectos técnicos e jurídico-conceituais acerca da isonomia que deve haver entre os consumidores livres de energia elétrica com unidades consumidoras conectadas às Demais Instalações de Energia Elétrica – DIT's. Conferiu-se especial relevo à questão dos direitos fundamentais para fins de demonstrar a importância e o destaque que a igualdade, em seu sentido formal e isonômico, possui no âmbito do sistema normativo jurídico-constitucional, inclusive nas questões regulatórias que permeiam a regulação econômica do setor elétrico brasileiro. Para tanto, a pesquisa utilizou-se de levantamento documental e bibliográfico, incluindo pesquisa normativa, doutrinária e decisória (no âmbito da ANEEL).

Neste contexto, estende-se o convite para todos aqueles que pretendem adquirir não somente conhecimento acerca do direito regulatório do setor elétrico brasileiro, especialmente sobre as normas que tratam do consumidor livre e das concessionárias de transmissão de energia elétrica, mas, sobretudo, o enlace destacado que envolve a sobreposição de interesses subjacentes aos direitos fundamentais e a atuação regulatória da ANEEL sobre a questão em análise.

Trata-se, sobretudo, de uma abordagem inédita sobre as espécies de instalações de transmissão, perquirindo sobre as questões de livre acesso e tarifárias, oriundas da conexão das unidades consumidoras dos consumidores livres às Demais Instalações de Transmissão – DIT's, em face de eventual perda de receita das concessionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica.

# **1 O CONSUMIDOR LIVRE E O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA**

Para compreender o objeto central da presente monografia, faz-se necessário delinear, preliminarmente, (i) os aspectos históricos e atuais do novo modelo do setor elétrico brasileiro, (ii) o regime jurídico e regulatório do consumidor livre de energia elétrica, (iii) as Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e de Distribuição – TUST e TUSD, bem como (iv) os principais aspectos regulatórios que permeiam o serviço público de transmissão de energia elétrica, com enfoque especial sobre as Demais Instalações de Transmissão – DIT's.

## **1.1 Aspectos históricos e atuais acerca do novo modelo do setor elétrico brasileiro**

Historicamente, as questões referentes à energia elétrica foram tratadas pelo Código de Águas, instituído pelo Decreto nº 24.643/1934, e mais adiante regulamentado pelo Decreto nº 41.019/1957. Este modelo perdurou até a edição da Lei nº 8.631/1993, que promoveu o saneamento financeiro do setor elétrico, quando o modelo tarifário do serviço público de energia elétrica, pautado pelo “serviço pelo custo”, a partir de estudos e instituições de direito comparado, foi substituído pelo modelo de “serviço pelo preço” ou *price cap*.<sup>1</sup>

O antigo regime jurídico de monopólio público verticalizado<sup>2</sup>, pautado pela remuneração garantida calculada através do custo do serviço, mediante fixação de tarifas homogêneas em todo o território nacional, foi substituído pelo atual modelo de “serviço pelo preço”, consubstanciado no desenvolvimento dos serviços de energia elétrica por empresas privadas, em regime de competição.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Regulação *price cap* ou Sistema “teto-preço”, é uma espécie de de regulação desenvolvida na Década de 80

<sup>2</sup> O monopólio ocorre em face da natureza da prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, onde naturalmente as instalações não permitem, em regra, a livre concorrência. Público porque praticamente toda a prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica era prestado, à época, por estatais. E, finalmente, verticalizado em face da prestação simultânea das atividades de geração, transmissão e distribuição por uma mesma concessionária.

<sup>3</sup> Cf. PIMENTA, André Patrus Ayres. *Curso de especialização em Direito Regulatório de Energia Elétrica*. ANEEL. Brasília. 15 jan. 2009. Disponibilizado em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

Objetivando conferir efetividade à regulação do setor de energia elétrica, foi criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, instituída em 1996, mediante a Lei nº 9.427/1996, e constituída em 1997, mediante o Decreto nº 2.335/1997. A Agência é pessoa jurídica de direito público, sob o regime de autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, e tem por finalidade “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.” (art. 2º, da Lei nº 9.427/1996).

Com a edição da Lei nº 9.648/1998, foi implementado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – RE-SEB, que deu início a um novo modelo de caráter concorrencial com a implementação da livre comercialização de energia elétrica.

Em suma, essas reformas levaram a uma (i) desverticalização do setor elétrico com a separação das atividades de produção, transmissão e distribuição<sup>4</sup>; (ii) os segmentos de produção e comercialização passaram a ser qualificados como atividades competitivas com preços contratados e definidos pelo mercado<sup>5</sup>; (iii) passou a ser permitida a comercialização para aqueles agentes que obtivessem autorização da ANEEL; (iv) instituiu-se o livre acesso dos geradores e dos consumidores livres às redes de transmissão e distribuição<sup>6</sup>; e, (v) criou-se o Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE<sup>7</sup>, substituído, posteriormente, pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE.

A CCEE, em conformidade com o que dispõe o art. 4º da Lei nº 10.848/2004, é “pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica”<sup>8</sup>.

A partir da edição da Lei nº 10.848/2004, foram criados os Ambientes de Contratação Regulada e Livre. De acordo com o art. 1º do Decreto nº 5.163/2004, alterado pelo Decreto nº 6.210/2007, que regulamentou a Lei nº 10.848/2004, a comercialização passou a ser feita no Ambiente de Contratação Regulada – ACR<sup>9</sup> ou no Ambiente de Contratação Livre – ACL<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 4º, §5º e §7º da Lei nº 9.074/1995.

<sup>5</sup> Art. 25, da Lei nº 9.427/1996 e art. 10 da Lei nº 9.648/1998.

<sup>6</sup> Art. 9º, parágrafo único, da Lei nº 9.648/1998 e art. 15, §6º da Lei nº 9.074/1995.

<sup>7</sup> O MAE era regulamentado pelo Decreto nº 2.655/1998.

<sup>8</sup> A CCEE foi instituída pelo art. 4º da Lei nº 10.848/2004 e Regulamentada pelo Decreto 5.177/2004.

<sup>9</sup> O ACR é definido como “o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica entre agentes vendedores e agentes de distribuição, precedidas de licitação, ressalvados os casos

Assim consolidou-se no Brasil o Mercado Livre, que tem como principais agentes os produtores independentes<sup>11</sup> e os comercializadores autorizados e, secundariamente, os autoprodutores<sup>12</sup>, aos quais é permitida a comercialização dos excedentes da energia produzida.<sup>13</sup>

Com base nesta nova configuração legal, tanto os agentes geradores quanto as distribuidoras realizam operações de comercialização de energia elétrica no âmbito da CCEE. Os geradores comercializam com as distribuidoras no âmbito do ACR, com outros geradores, com agentes de comercialização e com consumidores livres, nestes últimos com preços livremente pactuados.<sup>14</sup>

Quanto às concessionárias e permissionárias distribuidoras de energia elétrica atuantes no âmbito do Sistema Interligado Nacional – SIN, estas passaram a se submeter unicamente ao ambiente de comercialização regulada (ACR), através de licitações para compra de energia na modalidade leilão, salvo em algumas exceções, tendo por finalidade e

---

previstos em lei, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos;” (art. 1º, §2º, inciso I, do Decreto nº 5.163/2004).

<sup>10</sup> O ACL é definido como “o segmento do mercado no qual se realizam as operações de compra e venda de energia elétrica, objeto de contratos bilaterais livremente negociados, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos” (art. 1º, §2º, inciso II, do Decreto nº 5.163/2004).

<sup>11</sup> O Produtor Independente de Energia Elétrica encontra-se conceituado nos termos do art. 11 e parágrafo único da Lei nº 9.074/1995, nos seguintes termos: “Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Parágrafo único. O produtor independente de energia elétrica está sujeito às regras operacionais e comerciais próprias, atendido o disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou ato de autorização.” Com o advento da Lei nº 10.848/2004, que trouxe o marco da comercialização de energia elétrica nos ambientes livre e cativo e a instituição da CCEE, conforme já pontuado, o parágrafo único, do art. 11, da Lei nº 9.074/95, foi alterado para a seguinte redação: “Parágrafo único. O produtor independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou ato de autorização.” Infere-se, portanto, que o Produtor Independente produz energia destinada ao comércio de toda ou parte dela, e a comercializa nos ambientes livre ou regulado, a depender das disposições contratuais e opção de mercado, sempre estando sujeito a legislação em vigor – regulamentação do MME e à regulação da ANEEL – e ao disposto no Contrato de Concessão de Uso do Bem Público. Esta atividade encontra-se regulamentada no Decreto nº 2.003/1996.

<sup>12</sup> O art. 1º, §2º, inciso V, do Decreto nº 5.163/2004, definiu que agente autoprodutor é “[...] o titular de concessão, permissão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo”. Da mesma forma, o Decreto nº 2003/1996, em seu art. 2º, inciso II, conceitua que autoprodutor é “[...] toda pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.” A diferença básica entre este regime e o da produção independente reside no fato de a energia elétrica produzida pelo autoprodutor ser destinada ao seu próprio uso, enquanto a do produtor independente deve destinar-se ao comércio, no todo ou parte dela. Registre-se, entretanto, que a legislação faculta ao autoprodutor a comercialização da energia excedente, nas mesmas condições estabelecidas para o produtor independente.

<sup>13</sup> GIRARDI, Claudio. *O preço de liquidação de diferenças e a segurança jurídica dos contratos pactuados*. In: ROCHA, Fábio Amorim da. (Coord.) *Temas relevantes no direito de energia elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, 2012, p. 639.

<sup>14</sup> Cf. PIMENTA, *op. cit.*

obrigação garantir o atendimento à totalidade do seu mercado consumidor (art. 1º, §2º c/c art. 2º, §8º, inciso II e §10, da Lei nº 10.848/2004<sup>15</sup>).<sup>16</sup>

A atividade de comercialização também pode ser desenvolvida por agentes comercializadores, que não possuem ativos de geração ou distribuição. São agentes intermediários, autorizados pela ANEEL, e que desenvolvem atividade autônoma mediante aquisição da energia diretamente dos geradores e a respectiva revenda dessa energia aos consumidores livres<sup>17</sup>, com preços e condições livremente pactuados, nos termos do art. 26, inciso II, da Lei nº 9.427/1996<sup>18</sup>, e demais condições normativas<sup>19</sup>.

No bojo das alterações promovidas pela Lei nº 10.848/2004, também foi determinada a realização da desverticalização societária das concessionárias e permissionárias de serviço público de distribuição de energia elétrica atuantes no SIN, através da (i) proibição

---

<sup>15</sup> “§ 2º Submeter-se-ão à contratação regulada a compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica, nos termos do art. 2º desta Lei, e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado.”

“Art. 2º As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado Nacional – SIN deverão garantir o atendimento à totalidade de seu mercado, mediante contratação regulada, por meio de licitação, conforme regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, disporá sobre: [...]

§ 8º No atendimento à obrigação referida no **caput** deste artigo de contratação da totalidade do mercado dos agentes, deverá ser considerada a energia elétrica: [...]

II - proveniente de:

a) geração distribuída, observados os limites de contratação e de repasse às tarifas, baseados no valor de referência do mercado regulado e nas respectivas condições técnicas;

b) usinas que produzam energia elétrica a partir de fontes eólicas, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa, enquadradas na primeira etapa do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA;

c) Itaipu Binacional; ou (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

d) Angra 1 e 2, a partir de 1º de janeiro de 2013. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009). [...]

§ 10. A energia elétrica proveniente dos empreendimentos referidos no inciso II do § 8º deste artigo não estará sujeita aos procedimentos licitatórios para contratação regulada previstos neste artigo.”

<sup>16</sup> Cf. PIMENTA, *op. cit.*

<sup>17</sup> Segundo o art. 1º, inciso X, do Decreto nº 5.163/2004, “consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”;

<sup>18</sup> “Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: [...] II - a compra e venda de energia elétrica, por agente comercializador; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).”

<sup>19</sup> Essas regras são reguladas pela ANEEL através de diversas Resoluções Normativas – REN. A REN nº 265/1998 trata das condições para o exercício da atividade de comercializações; A REN nº 552/2002 estabelece os procedimentos de liquidações das operações no MCP e trata das garantias e penalidades; a REN nº 352/2003 trata das regras de verificação de lastro na comercialização; a REN nº 109/2004, alterada pelas REN's nºs 260/2007, 263/2007 e 348/2009, institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica da CCEE; a REN nº 169/2005, estabelece as condições gerais para contratação de energia elétrica no âmbito da CCEE, nos casos específicos; a REN nº 433/2003, alterada pela REN nº 222/2006, estabelece os procedimentos para início da operação em teste e da operação comercial de empreendimentos de geração de energia elétrica; a REN nº 247/2006, que trata das condições para comercialização de energia elétrica oriunda de empreendimentos que utilizem fontes primárias incentivadas, com unidades ou conjunto de unidades consumidoras cuja carga seja maior ou igual a 500kW; a REN nº 293/2007 aprova as regras de comercialização de energia elétrica versão 2008; A REN nº 428/2011 aprova as regras de comercialização de energia elétrica no Novo Sistema de Contabilização e Liquidação – Novo SCL;



de desenvolvimento das atividades de geração, transmissão e comercialização de energia elétrica com consumidores livres, (ii) participação direta ou indireta em outras sociedades e (iii) execução de atividades estranhas ao objeto da concessão, permissão ou autorização, exceto aos casos expressamente previstos em lei ou nos respectivos contratos de concessão (*vide* arts. 8º e 20 da Lei nº 10.848/2004).<sup>20</sup>

Para desempenhar as atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional – SIN, criou-se o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS (art. 13 da Lei 9.648/1998<sup>21</sup>), que celebra Contratos de Prestação de Serviços de Transmissão – CPST com as Concessionárias de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica, cujas empresas desempenham suas atividades no SIN/Rede Básica, na forma do que prevê o art. 6º, §2º, do Decreto nº 2.655/1998<sup>22</sup>.

## **1.2 Consumidor livre de energia elétrica**

Usualmente, os consumidores que decidem tornar-se livres, caracterizam-se como grandes consumidores de energia elétrica, tais como indústrias, empresas eletrointensivas e shoppings, que adquirem energia elétrica com preços livremente negociados, através de contratos privados bilaterais.

O marco legal dos consumidores livres se inicia com a edição da Lei nº 9.074/1995. Inicialmente, na forma do que prevê o art. 15<sup>23</sup> da referida lei, somente podia comprar energia livremente o consumidor que demandasse uma carga igual ou maior que

---

<sup>20</sup> Cf. PIMENTA, *op. cit.*, p. 265.

<sup>21</sup> “Art. 13. As atividades de coordenação e controle da operação da geração e da transmissão de energia elétrica, integrantes do Sistema Interligado Nacional - SIN, serão executadas pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, mediante autorização do Poder Concedente, fiscalizado e regulado pela ANEEL, a ser integrado por titulares de concessão, permissão ou autorização e consumidores que tenham exercido a opção prevista nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e que sejam conectados à Rede Básica. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Regulamento)”

<sup>22</sup> “§ 2º As instalações e equipamentos considerados integrantes da Rede Básica de Transmissão, de conformidade com os procedimentos e critérios estabelecidos pela ANEEL, serão disponibilizadas, mediante Contrato de Prestação de Serviços de Transmissão, ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, e a este estarão subordinadas suas ações de coordenação e operação;”

<sup>23</sup> “Art. 15. Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica.”

10.000 kW, atendido em tensão igual ou superior a 69 kV. Na forma do que prevê o art. 15, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.074/1995<sup>24</sup>, o consumidor livre passou a ser definido como aquele que demanda carga igual ou superior a 3.000 kW e foi permitido ao Poder Concedente diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos. Com base nesta premissa, o Decreto nº 5.163/2004, em seu art. 1º, §2º, inciso X<sup>25</sup>, definiu que consumidor livre caracteriza-se como aquele que é atendido em qualquer tensão. Sendo assim, o conceito atual de consumidor livre o define como aquele que, atendido em qualquer tensão, demanda uma carga igual ou maior que 3.000 kW.<sup>26</sup>

Os contratos de compra e venda de energia elétrica são registrados e contabilizados na CCEE, no Ambiente de Comercialização Livre – ACL, através de operações de compra e venda de energia elétrica entre os (i) agentes concessionários, permissionários, autorizados e detentores de registro de geração, (ii) comercializadores e (iii) importadores e exportadores de energia elétrica.<sup>27</sup>

O valor da energia adquirida é resultante de uma opção individual de compra, através de contratos com diferentes prazos e maior ou menor exposição ao preço do mercado de curto prazo. Neste contexto é o consumidor quem assume os riscos da operação, pois ao tomar para si a tarefa de gestão dos montantes contratados de energia ou potência, pode ser necessário adquirir energia no mercado de curto prazo, podendo ser a preços bem elevados para cobrir o déficit de energia.

Ou seja, caso o consumidor utilize mais energia ou potência do que havia adquirido, terá de adquirir no mercado de curto prazo para cobrir sua exposição na CCEE. Se houver exposição naquele mês ou semana, a depender da opção contratual de liquidação das

---

<sup>24</sup> “§ 2º Decorridos cinco anos da publicação desta Lei, os consumidores com carga igual ou superior a 3.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, poderão optar pela compra de energia elétrica a qualquer concessionário, permissionário ou autorizado de energia elétrica do mesmo sistema interligado.”

“§ 3º Após oito anos da publicação desta Lei, o poder concedente poderá diminuir os limites de carga e tensão estabelecidos neste e no art. 16”.

<sup>25</sup> “X - consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

<sup>26</sup> Informações detalhadas sobre (i) enquadramento do consumidor livre, (ii) relações contratuais, (iii) migração do consumidor potencialmente livre para o ambiente de contratação livre, (iv) retorno do consumidor livre para o de contratação regulada e (v) tratamento de consumidor parcialmente livre, vide Resolução Normativa ANEEL nº 376, de 25 de agosto de 2009.

<sup>27</sup> Vide arts. 47 e 56 do Decreto nº 5.163/2004.

suas operações, o consumidor deverá adquirir energia no mercado *spot*<sup>28</sup>, com vistas a repor o seu lastro de energia ou potência na Câmara.

Diferentemente do consumidor cativo – que é aquele vinculado à concessionária ou permissionária de distribuição de energia elétrica local e que paga a energia consumida mediante tarifa fixada pela ANEEL – o consumidor livre pode escolher de quem adquire a energia elétrica, mediante contratos de longo ou curto prazo, através do pagamento de energia ou potência, livremente negociados. Caso haja exposição contratual do consumidor na liquidação, a CCEE irá cobrar a ausência de lastro de energia ou potência ao Preço de Liquidações de Diferenças – PLD<sup>29</sup>. Ao consumidor livre também é facultado escolher livremente o fornecedor com quem irá adquirir energia ou potência para atendimento próprio.<sup>30</sup>

Conforme prevê o §7º do art. 15 da Lei nº 9.074/1995<sup>31</sup>, com redação dada pela Lei nº 10.848/2004, o consumidor livre deverá garantir sempre o atendimento à totalidade de sua carga<sup>32</sup>, mediante contratação, que poderá ser com um ou mais fornecedores. Segundo o art. 3º do Decreto nº 5.163/2005<sup>33</sup>, essas obrigações são aferidas mensalmente e, havendo descumprimento, o consumidor ficará sujeito à aplicação de penalidades<sup>34</sup> previstas na

---

<sup>28</sup> O termo da palavra inglesa significa instantâneo ou imediato, e essa é a característica deste mercado de energia, em que o consumidor que estiver sem contrato registrado para garantir o lastro de energia consumida, deverá adquirir energia para cobrir a sua exposição contratual no âmbito da CCEE.

<sup>29</sup> Segundo o referido Glossário da CCEE, PLD é o “Preço utilizado para valorar determinadas operações no âmbito do Mercado de Curto Prazo (MCP). Esse preço é calculado semanalmente para cada submercado e cada patamar de carga, tendo como base o Custo Marginal de Operação (CMO), limitado por valores mínimo e máximo.”, e MCP conceitua-se como “‘Mercado’ no qual são liquidadas as diferenças apuradas entre os requisitos e recursos de energia dos Agentes. Esses volumes de energia são valorados ao Preço de Liquidação das Diferenças – PLD”. In: CCEE. Câmara de Comercialização da Energia Elétrica. Regras de Comercialização Glossário de Termos / Interpretações e Relação de Acrônimos (Anexo). Versão 2013.2.1. Disponível em: <<http://www.ccee.org.br>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

<sup>30</sup> Vide art. 16 da Lei nº 9.074/1995.

<sup>31</sup> § 7º O consumidor que exercer a opção prevista neste artigo e no art. 16 desta Lei deverá garantir o atendimento à totalidade de sua carga, mediante contratação, com um ou mais fornecedores, sujeito a penalidade pelo descumprimento dessa obrigação, observado o disposto no art. 3º, inciso X, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004)

<sup>32</sup> O Decreto nº 5.163/2004, que regulamenta este dispositivo, assim prevê em seu art. 2º, inciso III: “os consumidores não supridos integralmente em condições reguladas pelos agentes de distribuição e agentes vendedores deverão, a partir de 1º de janeiro de 2005, garantir o atendimento a cem por cento de suas cargas, em termos de energia e potência, por intermédio de geração própria ou de contratos registrados na CCEE e, quando for o caso, aprovados, homologados ou registrados na ANEEL.”

<sup>33</sup> Art. 3º As obrigações de que tratam os incisos do caput do art. 2º serão aferidas mensalmente pela CCEE e, no caso de seu descumprimento, os agentes ficarão sujeitos à aplicação de penalidades, conforme o previsto na convenção, nas regras e nos procedimentos de comercialização.

<sup>34</sup> Importante anotar que o §5º do art. 3º do Decreto nº 5.163/2004, traz a ressalva de que “Até 2014, os agentes ficarão isentos das penalidades por descumprimento da obrigação de atendimento a cem por cento de seus mercados de potência por intermédio de contratos registrados na CCEE, nos termos do art. 2º, incisos II e III. (Incluído pelo Decreto nº 7.317, de 2010)”, o que inclui os consumidores livres.

convenção<sup>35</sup>, nas regras e procedimentos de comercialização<sup>36</sup>, e até ao desligamento do agente da CCEE<sup>37</sup>.

Na forma do que prevê o art. 15, §6º, da Lei nº 9.074/1995, os fornecedores e respectivos consumidores livres possuem o direito assegurado de livre acesso aos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica, “mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente”. Trata-se do pagamento das Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão e de Distribuição – TUST e TUSD, que serão adiante abordadas.

Os consumidores livres também poderão retornar à condição de contratação regulada, passando a adquirir energia elétrica novamente da concessionária ou permissionária de serviço público de distribuição local, desde que informe à respectiva empresa com a antecedência mínima de 05 (cinco) anos, podendo esse prazo ser reduzido a critério da distribuidora.<sup>38</sup>

Criou-se também a comercialização<sup>39</sup> de energia através de fontes incentivadas<sup>40</sup>, instituindo-se a figura do consumidor especial, que é basicamente um consumidor livre, mas, entretanto, diferencia-se pelo fato de poder ser constituído por um consumidor ou conjunto de consumidores, reunidos por comunhão de interesse de fato ou de direito, que adquirem energia elétrica ou potência de fontes incentivadas, cuja carga própria seja maior ou igual a 500 kW, no âmbito do SIN, ou o mínimo de 50 kW, em se tratando de Sistemas Isolados.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> A Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, que estabelece a estrutura e a forma de funcionamento da CCEE, foi instituída pela Resolução Normativa ANEEL nº 109, de 26 de outubro de 2004, com base na Lei nº 10.848/2004 e Decreto nº 5.163/2004.

<sup>36</sup> Da leitura que se faz do art. 6º, inciso II, e parágrafo único, da Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, o agente consumidor da CCEE deve “comprovar suficiência de cobertura contratual de consumo de energia elétrica e potência”, sob pena de aplicação das penalidades calculadas conforme Procedimentos de Comercialização específicos. Vide Procedimentos de Comercialização – PDC, Regras de Comercialização, módulos (i) Penalidade de Potência e (ii) Penalidade de Energia. Versão 2013.1.0. Aprovados pelas Resoluções Normativas da ANEEL nº 456/2011 e nº 533/2013.

<sup>37</sup> Vide Resolução Normativa ANEEL nº 545, de 16 de abril de 2013.

<sup>38</sup> Vide art. 15, §§ 8º e 9º, da Lei nº 9.074/1995.

<sup>39</sup> As condições para a comercialização dessa energia são estatuídas na Resolução Normativa ANEEL nº 247, de 21 de dezembro de 2006.

<sup>40</sup> São incentivadas porque possuem redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) nas tarifas de uso dos sistemas elétricos de transmissão e distribuição, incidente sobre a produção e o consumo da energia elétrica comercializada, na forma do que determina o art. 26, §1º, da Lei nº 9.427/1996. Trata-se de geração de energia de fontes eólica, biomassa, solar e Pequenas Centrais Hidrelétricas - PCH's.

<sup>41</sup> Vide art. 26, inciso I, §§ 1º, 5º e 8º, da Lei nº 9.427/1996 e Resolução Normativa ANEEL nº 247/2006.

### 1.3 Tarifa de Uso dos Sistemas de Transmissão e de Distribuição

Conforme visto, o consumidor que optar por ser livre fica obrigado ao ressarcimento “do custo de transporte envolvido, calculado com base em critérios fixados pelo poder concedente” (art. 15, §6º, da Lei nº 9.074/1995). Há a Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD<sup>42</sup>, paga à concessionária ou permissionária de distribuição, e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST<sup>43</sup>, paga à concessionária de transmissão. É competência da ANEEL definir essas tarifas, na fora do que prevê o art. 3º da Lei nº 9.074/94.<sup>44</sup>

Tais encargos setoriais são destinados, portanto, a ressarcir os custos envolvidos com o transporte da energia comercializada, a serem pagos à distribuidora, caso se utilize dos ativos (instalações) de distribuição, ou à transmissora, caso se utilize os ativos de transmissão.

Este é o princípio básico que deve nortear o pagamento de tais tarifas, especialmente quando tais custos possuem o condão de remunerar o transporte ou a utilização do fio para fins de viabilizar a livre comercialização da energia contratada no mercado livre.

No caso específico da TUST, a sua metodologia de cálculo é baseada na estimativa de custos que os usuários impõem à rede nos períodos de exigência máxima, utilizando-se como base o uso locacional desses usuários de acordo com a sua conexão no sistema elétrico. O sinal locacional, que visa assegurar maiores encargos aos usuários que mais onerarem o sistema de transmissão, é preceito obrigatório para todas as concessionárias de transmissão da Rede Básica do SIN, tendo como diretriz o fundamento legal disposto no art. 3º, inciso XVIII, alínea "b, da Lei nº 9.074/94<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Vide Resolução Normativa ANEEL nº 166/2005, que estabelece as disposições relativas ao cálculo da TUSD e da Tarifa de Energia Elétrica – TE.

<sup>43</sup> Vide Resolução Normativa ANEEL nº 281/99, que trata das condições gerais do acesso (uso e conexão) das linhas de transmissão, e Resolução Normativa nº 559/2013, que estabelece os procedimentos de cálculo da TUST.

<sup>44</sup> Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, **competete à ANEEL:** (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009). [...] **XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição [...]** (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

<sup>45</sup> XVIII - definir as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição, **sendo que as de transmissão devem ser baseadas nas seguintes diretrizes:** (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

a) assegurar arrecadação de recursos suficientes para a cobertura dos custos dos sistemas de transmissão, inclusive das interligações internacionais conectadas à rede básica; (Redação dada pela Lei nº 12.111, de 2009)

b) **utilizar sinal locacional visando a assegurar maiores encargos para os agentes que mais onerem o sistema de transmissão;** (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

## 1.4 Serviço público de transmissão de energia elétrica

Conceitua-se tecnicamente a atividade de transmissão como o transporte da energia elétrica gerada pelas usinas produtoras de energia às subestações distribuidoras, bem como a interligação entre dois ou mais sistemas de geração de energia. No tocante ao fenômeno físico da energia elétrica, observa-se que os agentes de transmissão (concessionárias) possuem a obrigação de construir, implantar e operar a infra-estrutura das redes de alta tensão destinadas ao transporte da energia elétrica entre os pontos da geração e os da distribuição dessa energia. O Brasil hoje opera com um Sistema Interligado Nacional – SIN<sup>46</sup>, que consiste na interligação e integração eletroenergética de quatro submercados (Sul, Centro-Sudeste, Nordeste e Norte).

Antes do Código de Águas de 1934, não havia uma legislação específica para tratar do serviço público de transmissão de energia elétrica, havendo sistemas independentes e isolados, sem qualquer planificação ou integração.

A partir da edição do Código de Águas, houve um progressivo domínio da regulação federal, em que o Estado, na qualidade de empreendedor, passou a captar financiamentos para investimento em infraestrutura de transmissão, mediante recursos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Imposto Único Sobre Energia Elétrica – IUEE, Empréstimos Compulsórios e recursos próprios. A transmissão era considerada, contudo, mera função elétrica.

### 1.4.1 *Conceituação jurídica da atividade de transmissão*

Com o escopo de definir a atividade de transmissão, vejamos as normas previstas no Código de Águas, em seus artigos 140 e 151:

Art. 140. São considerados de utilidade pública e dependem de concessão.

- a) os aproveitamentos de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws [kW]. Seja qual for a sua aplicação.
- b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade pública federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência.

---

<sup>46</sup> As regiões isoladas, especialmente no norte do país, que ainda não pertencem ao SIN, constituem diversos Sistemas Isolados. Vide Lei nº 12.111/2009.

[...]

Art. 151. Para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como, para explorar a concessão, o concessionário terá, além das regalias e favores constantes das leis fiscais e especiais, os seguintes direitos:

- a) utilizar os termos de domínio público e estabelecer as servidões nos mesmos e através das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos;
- b) desapropriar nos prédios particulares e nas autorizações pré-existentes os bens, inclusive as águas particulares sobre que verse a concessão e os direitos que forem necessários, de acordo com a lei que regula a desapropriação por utilidade pública, ficando a seu cargo a liquidação e pagamento das indenizações;
- c) estabelecer as servidões permanente ou temporárias exigidas para as obras hidráulica e para o transporte e distribuição da energia elétrica;
- d) construir estradas de ferro, rodovias, linhas telefônicas ou telegráficas, sem prejuízo de terceiros, para uso exclusivo da exploração;
- e) estabelecer linhas de transmissão e de distribuição. (grifos nossos)

Pelo que se depreende, a atividade de transmissão era prestada na modalidade de serviço público (utilidade pública) juntamente com a geração de energia elétrica. Se a potência fosse superior a 150 kW, a prestação do serviço público seria mediante contrato de concessão. Na execução desses serviços, o concessionário prestador dessa atividade poderia estabelecer linhas de transmissão para fins de transporte da energia elétrica gerada, inclusive mediante a instituição de servidões, através de desapropriação por utilidade pública, caso se fizesse necessário.

O Decreto nº 41.019/1957, que regulamenta os serviços públicos de energia elétrica, foi editado para fins de regulamentar o Código de Águas. Veja-se o disposto em seu art. 76, alínea “e” e parágrafo único:

Art. 76. A concessão poderá ser dada:

[...]

e) para a transmissão de energia, somente às empresas [empresas] que forem concessionárias de produção ou distribuição.

§ 1º Não serão permitidos intermediários entre o concessionário da produção e o concessionário de distribuição. (grifos nossos).

Segundo as normas supracitadas, somente as empresas concessionárias de produção (geração) ou distribuição poderiam obter outorga de concessão para transmissão de energia elétrica, sendo vedada a presença de agentes intermediários entre os concessionários de produção e distribuição de energia elétrica.

Até este marco legal e regulamentar, pôde-se concluir que havia um monopólio jurídico dos agentes de geração e distribuição de energia elétrica sobre os ativos de

transmissão de energia elétrica, que estavam vinculados a estas atividades, ou a ambas, quase sempre mediante contrato de concessão específico. A transmissão de energia elétrica era, portanto, uma atividade vinculada à geração e/ou distribuição de energia elétrica, caracterizada por um monopólio regional verticalizado.

Sobrevindo a Constituição Federal de 1988, o seu art. 21, inciso XII, alínea “b”<sup>47</sup>, definiu a existência de **serviços e instalações** de energia elétrica, sem, contudo, conceituar quais seriam esses serviços e quais seriam essas instalações de energia elétrica. Entretanto, são dois conceitos distintos que merecem especial atenção.

Para fins de definição da atividade de transmissão, cumpre tecer algumas considerações sobre **serviços e instalações** de energia elétrica. O art. 4º do Decreto nº 41.019/1957 trazia o conceito de serviço de transmissão, nos seguintes termos:

Art. 4º O serviço<sup>48</sup> de transmissão de energia elétrica consiste no transporte desta energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores.

§ 1º A transmissão de energia compreende também o transporte pelas linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária que existirem entre as subestações de distribuição.

§ 2º O serviço de transmissão pode ainda compreender o fornecimento de energia a consumidores em alta tensão, mediante suprimentos diretos das linhas de transmissão e subtransmissão. (grifo nosso).

Com base nessas informações, compreende-se que as **instalações** de transmissão são definidas nas seguintes categorias: (i) transporte da energia elétrica do sistema produtor às subestações distribuidoras; (ii) interligação de dois ou mais sistemas de geração; (iii) transporte de energia elétrica das linhas de subtransmissão ou de transmissão secundária entre as subestações de distribuição; e (iv) linhas de transmissão ou subtransmissão para fornecimento de energia elétrica a unidades consumidoras atendidas em alta tensão.

O art. 17 da Lei nº 9.074/1995, com redação dada pela Lei nº 12.111/2009, alterou essa classificação com as seguintes premissas:

Art. 17. O poder concedente deverá definir, dentre as instalações de transmissão, as que se destinam à formação da Rede Básica dos sistemas interligados, as de âmbito próprio do concessionário de distribuição, as de

<sup>47</sup> “Art. 21. Compete à União: [...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...]

b) os **serviços e instalações** de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; (negrito nosso).”

<sup>48</sup> Depreende-se que a terminologia “serviço” acima empregada trata, em verdade, da “atividade” de transmissão de energia elétrica.



interesse exclusivo das centrais de geração e as destinadas a interligações internacionais. (grifo nosso).

O citado art. 17 da Lei nº 9.074/1995, com redação dada pela Lei nº 12.111/2009, definiu que as **instalações** de transmissão compreendem as que: (i) formam a Rede Básica do SIN; (ii) são de âmbito próprio da concessionária de distribuição; (iii) são de interesse exclusivo das centrais de geração; e (iv) são destinadas a interligações internacionais. Neste novo modelo a lei disciplinou sob a perspectiva das instalações, mas sem, contudo, definir exatamente o que se deve entender por instalações, haja vista não ter associado diretamente os conceitos de “instalações de transmissão” e “serviços de transmissão de energia elétrica”.

Partindo desse pressuposto, ainda remanesce uma dúvida, pois a lei determinou a separação das atividades de geração, transmissão e distribuição, sem fixar um critério a ser utilizado. Sendo assim, qual seria o critério utilizado para definir quais seriam as instalações de transmissão? Seria segundo a (i) função, segundo a (ii) tensão elétrica ou segundo a (iii) função e tensão elétrica? Ainda, quem seriam os proprietários (titulares de outorga) das 04 (quatro) categorias de instalações de transmissão?

Para responder a esta questão, importa compreender, inicialmente, a distinção entre **serviço** e **função** aplicada à transmissão de energia elétrica. Segundo Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, entende-se por **serviço** “um complexo de atividades, com certa unidade técnica e/ou econômica, delimitada pelo legislador como objeto de uma outorga individualizada”, ao passo que por **função** entende-se “toda atividade envolvida diretamente na obtenção da eletricidade, dotada de individualidade técnica e/ou econômica”, porém sem a individualidade jurídica, porquanto o legislador não a constituiu em serviço autônomo. Para o autor, funções fazem parte de serviços, haja vista que um serviço é composto por várias funções.<sup>49</sup> Em outros termos, função está relacionado as questões técnicas e econômicas, ao passo que o serviço está relacionado com as questões jurídicas (outorga).

Pelo que se subsume, até aqui, a atividade de transmissão de energia elétrica passou de mera função elétrica para um serviço propriamente dito, atualmente intitulado de serviço público de transmissão de energia elétrica, outorgado mediante contrato de concessão pelo Poder Concedente<sup>50</sup>. Adiante, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a existência de

---

<sup>49</sup> *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 106.

<sup>50</sup> O art. 17, § 1º, da Lei nº 9.074/1995, assim dispõe: “§ 1º As instalações de transmissão de energia elétrica componentes da rede básica do Sistema Interligado Nacional - SIN serão objeto de concessão, mediante licitação, na modalidade de concorrência ou de leilão e funcionarão integradas ao sistema elétrico, com regras

**serviços e instalações** de transmissão de energia elétrica; a Lei nº 9.074/1995 definiu 04 (quatro) categorias de **instalações**, que são propriamente as atividades executadas pelos agentes de transmissão, mas não restou claro qual seria o conceito para se definir quais seriam essas **instalações** de transmissão de energia elétrica, ou seja, se seria o critério (i) tensão, (ii) função ou a (iii) junção de ambos; e, ainda, não restou claro quem seriam os proprietários (titulares de outorga) das 04 (quatro) categorias de instalações de transmissão definidas no art. 17 da Lei nº 9.074/1995.

#### *1.4.2 Espécies de Instalações de Transmissão*

Conforme visto, a Lei nº 9.074/1995 trouxe 04 (quatro) espécies de instalações de transmissão, que são (i) as instalações que formam a Rede Básica do SIN, (ii) de âmbito próprio da concessionária de distribuição, (iii) de interesse exclusivo das centrais de geração e (iv) as destinadas a interligações internacionais.

O art. 17, §1º, da Lei nº 9.074/1995, define as características da Rede Básica do SIN, nos seguintes termos:

§ 1º As instalações de transmissão de energia elétrica componentes da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional - SIN serão objeto de concessão, mediante licitação, na modalidade de concorrência ou de leilão e funcionarão integradas ao sistema elétrico, com regras operativas aprovadas pela Aneel, de forma a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros.<sup>51</sup> (Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009)

As instalações de transmissão que compreendem a Rede Básica do SIN devem ser objeto de contrato de concessão, mediante licitação, devendo ser integradas ao sistema elétrico, de forma a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros<sup>52</sup>, através de regras operativas da ANEEL. São responsáveis pela rede de transmissão que interconecta os grandes centros de geração aos centros de carga.<sup>53</sup>

---

operativas aprovadas pela Aneel, de forma a assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros.(Redação dada pela Lei nº 11.943, de 2009) ”.

<sup>51</sup> Assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros caracteriza-se pela “função” que as instalações de transmissões da Rede Básica exercem no SIN.

<sup>52</sup> Essa otimização dos recursos eletroenergéticos refere-se essencialmente à operação do ONS em transferir energia entre os submercados do SIN, com o escopo de evitar que água dos reservatórios das usinas hidrelétricas, que poderia ser transformada em energia elétrica e transferida para o submercado que estiver em déficit de energia, seja vertida (desperdiçada). Essa é a economia dos aludidos recursos eletroenergéticos existente e

A Receita Anual Permitida – RAP é a remuneração que essas concessionárias de transmissão recebem por disponibilizar suas instalações de transmissão ao ONS e prestar o serviço público de transmissão de energia elétrica aos usuários. Para as transmissoras decorrentes de licitação, o valor é obtido com base no resultado do leilão de transmissão e pago a partir da entrada em operação comercial de suas instalações, podendo ser reajustado anualmente e revisto a cada cinco anos.<sup>54</sup>

A Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004 estabelece os critérios atuais para composição da Rede Básica do SIN e define o conceito dessas instalações de transmissão, conforme disposto no art. 3º, nos seguintes termos:

- I – linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kV; e
- II – transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kV e tensões secundária e terciária inferiores a 230 kV, bem como as respectivas conexões e demais equipamentos ligados ao terciário, a partir de 1º de julho de 2004.

Segundo o disposto acima, integram a Rede Básica do SIN as (i) linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação em tensão igual ou superior a 230 kV, (ii) transformadores de potência com tensão primária igual ou superior a 230 kV e tensões secundárias e terciárias inferiores a 230 kV, bem como (iii) as respectivas conexões e demais equipamentos ligados ao terciário. Em regra, portanto, utilizou-se o conceito tensão para definir as Instalações da Rede Básica, que são aquelas instalações de transmissão igual ou superior a 230 kV.

O §2º do art. 6º do Decreto nº 2.655/1998<sup>55</sup> define que as instalações e equipamentos que integram a Rede Básica de transmissão deverão ser disponibilizados e subordinados à coordenação e operação do ONS, mediante Contrato de Prestação de Serviço

---

futuros. Também tem como escopo evitar interrupção no fornecimento em determinada região que esteja necessitada de energia elétrica, através da transferência (exportação e importação) de energia entre os submercados.

<sup>53</sup> ANNEL. Informações Técnicas disponibilizadas no sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

<sup>54</sup> A Resolução Normativa ANEEL nº 270/2007, Estabelece as disposições relativas à qualidade do serviço público de transmissão de energia elétrica, associada à disponibilidade das instalações integrantes da Rede Básica.

<sup>55</sup> “§ 2º As instalações e equipamentos considerados integrantes da Rede Básica de Transmissão, de conformidade com os procedimentos e critérios estabelecidos pela ANEEL, serão disponibilizadas, mediante Contrato de Prestação de Serviços de Transmissão, ao Operador Nacional do Sistema Elétrico, e a este estarão subordinadas suas ações de coordenação e operação;”

de Transmissão – CPST, em conformidade com os critérios e procedimentos disciplinados pela ANEEL.

A Resolução Normativa ANEEL nº 281/1999<sup>56</sup> determina que os usuários (o que também inclui os consumidores livres) que pretendam acessar a Rede Básica deverão firmar Contrato de Uso do Sistema de Transmissão – CUST, com o ONS, e Contrato de Conexão ao Sistema de Transmissão – CCT, com a transmissora.

As linhas de transmissão de âmbito das concessionárias de serviço público de distribuição são as instalações de transmissão com tensão menor do que 230 kV, necessárias para o fornecimento de energia elétrica aos consumidores cativos da respectiva concessão de distribuição. São investimentos determinados pelo planejamento setorial, cuja receita será incluída na Base de Remuneração, quando da próxima revisão tarifária ordinária da distribuidora, para fins de repasse à tarifa de seus consumidores.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> O art. 7º determina que o pedido de acesso à Rede Básica deve ser encaminhado "ao ONS ou à concessionária de transmissão proprietária das instalações, no ponto de acesso pretendido" (inciso I), cuja avaliação para o acesso dependerá do critério de menor custo global, definido como "[...] a alternativa tecnicamente equivalente de menor custo de investimentos, considerando as instalações de conexão de responsabilidade do acessante, os reforços, as ampliações e os custos decorrentes das perdas elétricas do sistema." (parágrafo único).

<sup>57</sup> Investimentos em ampliação da rede de distribuição são elementos que afetam o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente avençado com o concessionário, tendo o Poder Concedente (União Federal) o dever de restabelecê-lo, em consonância com a comprovada alteração. O equilíbrio econômico-financeiro tem assento no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, tendo sido disciplinado pela Lei nº 8.987/95, onde as tarifas de fornecimento de energia elétrica (distribuição) são fixadas ao fundamento do regime do serviço pelo preço, na forma do que prevê o art. 9º da referida Lei. O art. 18 da Lei nº 8.987 dispõe que o edital da respectiva licitação da concessão de serviço público deverá prever "os critérios de reajuste e revisão da tarifa"; o art. 23 definiu que "são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas"; ao passo que o art. 29 outorgou ao Poder Concedente a competência de "homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato." A Lei nº 9.427/96 atribuiu à ANEEL a competência para proceder e homologar a revisão das tarifas de fornecimento (distribuição), na forma do que prevê os arts. 14 e 15, mediante aplicação do regime do serviço pelo preço na fixação das tarifas do serviço público de fornecimento de energia elétrica. Com base no art. 9º, *caput* e §2º, da Lei nº 8.987/95, os contratos de concessão para prestação de serviço público de distribuição de energia elétrica contêm cláusulas com mecanismos de revisão e reajuste tarifário das tarifas referentes à prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica. Para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, a legislação estabelece 03 (três) mecanismos para alterar a tarifa das distribuidoras, quais sejam: (i) Reajuste tarifário anual; (ii) Revisão tarifária periódica; e (iii) Revisão tarifária extraordinária. Os reajustes tarifários anuais são baseados em fórmulas pré-definidas pela ANEEL, lastreado na aplicação combinada de indexador previsto no Contrato de Concessão e em fator de produtividade. Nas revisões a ANEEL tão-somente aplica o mecanismo estabelecido no contrato de concessão, condizente em um procedimento que "pode atuar no âmbito das tarifas aplicáveis ao serviço de distribuição de energia elétrica", "alterando-as para mais ou para menos", considerando "as mudanças na estrutura de custos e de mercado da concessionária, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contrato nacional e internacional, os estímulos à realização de investimentos, à eficiência e à modicidade das tarifas." (Nota Técnica nº 041/2003-SRE/ANEEL, pg. 9). A revisão tarifária periódica ou ordinária, que ocorre a cada 04 (quatro) anos, tem como escopo definir novos níveis tarifários para as concessionárias de distribuição, em conformidade com as alterações no custo do serviço, em que "(...) revisa-se os custos efetivos das concessionárias a fim de definir um novo requisito de receita e estabelecer tarifas que venham a produzir receitas iguais àquela requerida. Os elementos da receita são as despesas de operação e manutenção incorridas na prestação de serviços, um retorno justo sobre o investimento em ativos para prestar tais serviços, a depreciação desse investimento, impostos e outros custos." (Nota Técnica

As Instalações de Transmissão de Interesse Exclusivo das Centrais de Geração poderão ser consideradas integrantes das respectivas concessões, permissões<sup>58</sup> ou autorizações de geração, na forma do que define o art. 17, §3º, da Lei nº 9.074/1995<sup>59</sup>, tendo por função escoar a energia produzida até subestações ou conexões da Rede Básica ou das distribuidoras.

Em conformidade com o que determina o art. 6º, §3º, do Decreto nº 2.655/1998<sup>60</sup>, as Demais Instalações de Transmissão – DIT's que não forem integrantes da Rede Básica deverão ser disponibilizadas diretamente aos acessantes interessados, mediante pagamento dos respectivos encargos setoriais. São disciplinadas em seus pormenores pelo art. 4º, incisos I a III, da Resolução Normativa nº 67/2004, da seguinte forma: (i) linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em qualquer tensão, quando de uso de centrais geradoras, em caráter exclusivo ou compartilhado, ou de consumidores livres, em caráter exclusivo; (ii) instalações e equipamentos associados, em qualquer tensão, quando de uso exclusivo para importação e/ou exportação de energia elétrica e não definidos como instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais; e (iii) linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em tensão inferior a 230 kV, localizados ou não em subestações integrantes da Rede Básica.

Ainda, segundo o art. 6º, §§ 4º e 5º, do Decreto nº 2.655/1998<sup>61</sup>, com redação dada pelo Decreto nº 6.460/2008, temos as Instalações de Transmissão de Interesse Exclusivo

---

nº 025/2000-SER/ANEEL, de 08 de setembro de 2000, emitida no processo de Audiência Pública AP nº 007/2000 – ANEEL) Quanto às revisões tarifárias extraordinárias, estas podem ocorrer a qualquer tempo, devendo ser requeridas pelas concessionárias, ao fundamento de evento(s) extraordinário(s) que impacte(m) significativamente os custos do serviço, tais como modificação ou extinção de tributos e encargos posteriores à assinatura do Contrato de Concessão, quando comprovado seu impacto nos custos da concessionária de distribuição de energia elétrica, sempre visando manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Esses eventos extraordinários são os classificados pela ANEEL como eventos oriundos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração e interferências imprevistas. (Audiência Pública AP nº 007/2000 da ANEEL).

<sup>58</sup> Ao que pese o dispositivo ter arrolado o termo permissões para geração de energia elétrica, as outorgas para geração somente são efetuadas nas modalidades de concessão ou autorização.

<sup>59</sup> “§ 3º As instalações de transmissão de interesse restrito das centrais de geração poderão ser consideradas integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)”

<sup>60</sup> “§ 3º As demais instalações de transmissão, não integrantes da Rede Básica, serão disponibilizadas diretamente aos acessantes interessados, contra o pagamento dos encargos correspondentes.”

<sup>61</sup> “§ 4º As instalações de transmissão de interesse exclusivo das centrais de geração a partir de fonte eólica, biomassa ou pequenas centrais hidrelétricas, não integrantes das respectivas concessões, permissões ou autorizações, conectadas diretamente à Rede Básica, poderão ser consideradas Instalação de Transmissão de Interesse Exclusivo de Centrais de Geração para Conexão Compartilhada - ICG. (Incluído pelo Decreto nº 6.460, de 2008)

“§ 5º A responsabilidade pela implantação e manutenção das ICG será atribuída ao Concessionário de Serviço Público de Transmissão de Energia Elétrica detentor da instalação de Rede Básica conectada, sendo disponibilizada diretamente aos acessantes interessados contra o pagamento dos encargos correspondentes.(Incluído pelo Decreto nº 6.460, de 2008)”

de Centrais de Geração para Conexão Compartilhada – ICG's<sup>62</sup>, que são as instalações de transmissão de interesse das centrais de geração a partir de fontes eólica, biomassa e Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCH's, não integrantes às respectivas autorizações, conectadas diretamente à Rede Básica, mediante responsabilidade para implantação e manutenção a cargo da concessionária de serviço público de transmissão, detentora da instalação conectada à Rede Básica. Trata-se de uma exceção, pois, na prática, as ICG's são implementadas e operadas pela concessionária do serviço público de transmissão de energia elétrica detentora da instalação de Rede Básica acessada, com outorga de concessão, mas seus ativos deverão ser transferidos, de forma não onerosa, à distribuidora local.<sup>63</sup>

As Instalações de Transmissão Destinadas a Interligações Internacionais têm por base os §§ 6º e 7º da Lei nº 9.074/1995<sup>64</sup>, incluídos pela Lei nº 12.111/2009, subdividindo-se em 02 (duas) modalidades, quais sejam, (i) as outorgadas até 31 de dezembro de 2010, e (ii) as outorgadas a partir de 1º de janeiro de 2011. O art. 3º-A da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004<sup>65</sup> traz as definições, pormenorizadas, em conformidade com o art. 21 do Decreto nº 7.246/2010.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> As ICG's foram criadas com vistas ao aprimoramento da regulamentação do setor elétrico, com o objetivo de incentivo à inserção da energia proveniente das usinas de geração eólica, biomassa e PCH's, visando os benefícios ambientais, operacionais e socioambientais desses empreendimentos. A Resolução Normativa ANEEL nº 320/2008 estabeleceu os critérios para classificação das ICG's e regulamentou a necessidade de realização de Chamada Pública, com aporte de garantias financeiras, no intuito de subsidiar o planejamento setorial ao formalizar os compromissos dos empreendedores de geração interessados em participar. São licitadas em conjunto com as instalações de Rede Básica, para duas ou mais centrais de geração, e possuem tensão com nível inferior a 230 kV.

<sup>63</sup> A Resolução Normativa ANEEL nº 320/2008 definiu que suas instalações, com nível de tensão inferior a 230 kV, serão transferidas, de forma não onerosa, à concessionária ou permissionária de distribuição local, ressalvado o transformador localizado em subestação da Rede Básica, com lado de alta tensão igual ou superior a 230 kV, e suas conexões. Este dispositivo foi instituído com base no art. 6º, §8º, do Decreto nº 2.655/1998, com redação dada pelo Decreto nº 6.460/1998, que assim prevê: “§ 8º A ANEEL disciplinará os prazos e condições para a transferência das ICG às concessionárias ou permissionárias locais de distribuição. (Incluído pelo Decreto nº 6.460, de 2008)”.

<sup>64</sup> “§ 6º As instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais outorgadas a partir de 1º de janeiro de 2011 e conectadas à Rede Básica serão objeto de concessão de serviço público de transmissão, mediante licitação na modalidade de concorrência ou leilão, devendo ser precedidas de Tratado Internacional. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)

§ 7º As instalações de transmissão necessárias aos intercâmbios internacionais de energia elétrica outorgadas até 31 de dezembro de 2010 poderão ser equiparadas, para efeitos técnicos e comerciais, aos concessionários de serviço público de transmissão de que trata o § 6º, conforme regulação da Aneel, que definirá, em especial, a receita do agente, as tarifas de que tratam os incisos XVIII e XX do art. 3º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e a forma de ajuste dos contratos atuais de importação e exportação de energia. (Incluído pela Lei nº 12.111, de 2009)”

<sup>65</sup> “Art. 3º-A Não integram a Rede Básica e são classificadas como instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais aquelas definidas conforme art. 21 do Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010. (Incluído pela REN ANEEL 442 de 02.07.2011.)”

<sup>66</sup> Conceito disposto no art. 3º-A da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, editado com base nas instalações destinadas a interligação internacional definidas conforme o art. 21 do Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010, que assim dispõe: “Art. 21. A definição das instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a

Com efeito, chega-se à conclusão de que existem 06 (seis) categorias de instalações de transmissão, as 04 (quatro) definidas no art. 17 da Lei nº 9.074/95, quais sejam, (i) Rede Básica do SIN, (ii) âmbito próprio da concessionária de distribuição, (iii) interesse exclusivo das centrais de geração e (iv) interligações internacionais, bem como outras 02 (duas) categorias definidas no art. 6º do Decreto nº 2.655/1998, quais sejam, as (v) Demais Instalações de Transmissão – DIT's e as (vi) ICG's.

O critério utilizado para as Instalações de Transmissão Destinadas ao Uso Exclusivo das Centrais Geradoras foi a função, pois, independente da tensão, tais instalações têm como objetivo exclusivo levar energia das centrais geradoras à (i) Rede Básica, a (ii) outras instalações de transmissão ou de (iii) distribuição. Da mesma forma ocorreu com as Instalações de Transmissão Destinadas à Importação e Exportação, cuja função é justamente importar ou exportar energia elétrica destinada a interligações internacionais.

Contudo, as Demais Instalações de Transmissão – DIT's, caracterizadas por assumirem tensão abaixo de 230 kV, não integrantes, portanto, da Rede Básica, e que não são exclusivas das centrais de geração e não tem por escopo importar ou exportar energia, divergem quanto à função, pois ora assumem a função de Rede Básica (otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros) e ora a função de distribuição de energia elétrica (fornecimento de energia elétrica aos consumidores).

Neste ponto, observe-se que o art. 17 da Lei nº 9.074/1995 referiu-se às instalações do concessionário de distribuição como de "âmbito próprio", o que traz a presunção de que são instalações de **propriedade ("âmbito")** da concessionária de distribuição. Sendo assim, não seria adequado dizer que as DIT's fazem parte do âmbito da distribuidora, pois se assim o fosse a definição de DIT seria sem sentido quando da leitura do art. 6º do Decreto nº 2.655/1998.

Por outro lado, caso se assumisse que essas DIT's fazem parte do âmbito próprio das distribuidoras – mas, conforme visto, sendo de propriedade das concessionárias de transmissão –, poder-se-ia dizer que a ANEEL teria assumido o critério função e tensão para assim classificá-las, ou seja, a função de distribuição de energia elétrica e a tensão como sendo inferior a 230 kV. Ou seja, seria um serviço de transmissão (concessão de transmissão), cuja função seria distribuir energia.

---

interligações internacionais, de que trata o art. 17, §§ 6º e 7º, da Lei nº 9.074, de 1995, será estabelecida por meio de portaria do Ministério de Minas e Energia.”

Contudo, este não parece ser o melhor entendimento, pois tratam-se de instalações de propriedade das concessionárias de transmissão, em que seus usuários devem remunerá-las diretamente, mediante pagamento da TUST, conforme o uso que as mesmas demandam no sistema elétrico.

Tendo em vista que as DIT's são o objeto central de análise, será necessário aprofundar o estudo sobre a regulação da ANEEL acerca dessas instalações de transmissão, na forma exposta no item que se segue.

### **1.5 Regulação das Demais Instalações de Transmissão – DIT's**

Historicamente as Demais Instalações de Transmissão – DIT's passaram por diversas modificações em (i) sua estrutura física, compreendida nos critérios de função e tensão para separação das respectivas instalações, (ii) quanto a responsabilidade pelos investimentos e ampliação das respectivas instalações, se da transmissora ou da distribuidora, bem como nas (iii) atribuições para contratação e recebimento de receita, ou seja, se seria recolhida pela transmissora ou pela distribuidora.

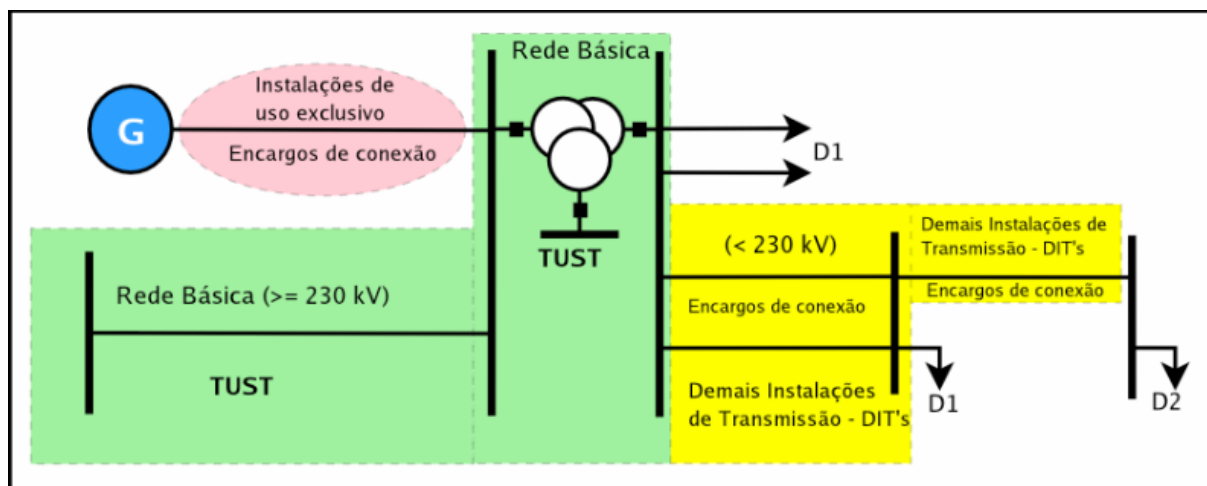
A revogada Resolução Normativa nº 245/1998 estabeleceu inicialmente os critérios para composição da Rede Básica. Foi editada no período de reestruturação do setor elétrico brasileiro, quando houve a segmentação das instalações de transmissão de propriedade das geradoras estatais e estaduais, para poder instituir as primeiras concessionárias de transmissão. Foram classificadas como integrantes da Rede Básica as subestações que tivessem nível de tensão maior ou igual a 230 kV, abrangendo também os barramentos com tensão inferior, conforme demonstra a Figura 1 abaixo:<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 21 abr 2014.



**FIGURA 1 – Composição da Rede Básica**



**Resolução ANEEL nº 245/1998<sup>68</sup>**

Todas as categorias acima descritas representam as instalações de transmissão pertencente a uma concessionária de transmissão, sendo a Rede Básica representada pela cor verde, as instalações de uso exclusivo dos geradores pela cor rosa, cuja conexão à Rede Básica é remunerada mediante o pagamento de encargos de conexão<sup>69</sup>, e, em amarelo, as DIT's, que também tem sua conexão à Rede Básica remunerada por meio de encargos de conexão.<sup>70</sup>

Depois dessa classificação inicial, a ANEEL editou as Resoluções nºs 281, 282 e 286, todas de 1º de outubro de 1999, com vistas a definir as condições de acesso, abrangendo o uso e a conexão, bem como as tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição.

O art. 1º, §§ 5º e 6º da Resolução nº 286/1999, estabeleceu que o acesso às DIT's, apesar de pertencentes a concessionárias de transmissão, seria considerado como acesso às instalações de distribuição. Senão vejamos:

§ 5º Os valores das tarifas de uso das instalações de transmissão não componentes da Rede Básica, tratadas na Resolução nº 142, de 9/06/99, como conexão das concessionárias de distribuição, serão iguais às tarifas de uso das instalações de distribuição destas, no período enfocado no parágrafo anterior, observado o nível de tensão correspondente.

§ 6º As solicitações de acesso às instalações abordadas no parágrafo anterior deverão ser tratadas com a concessionária de distribuição, a quem caberá o faturamento dos encargos decorrentes, devendo ser o Contrato de Uso

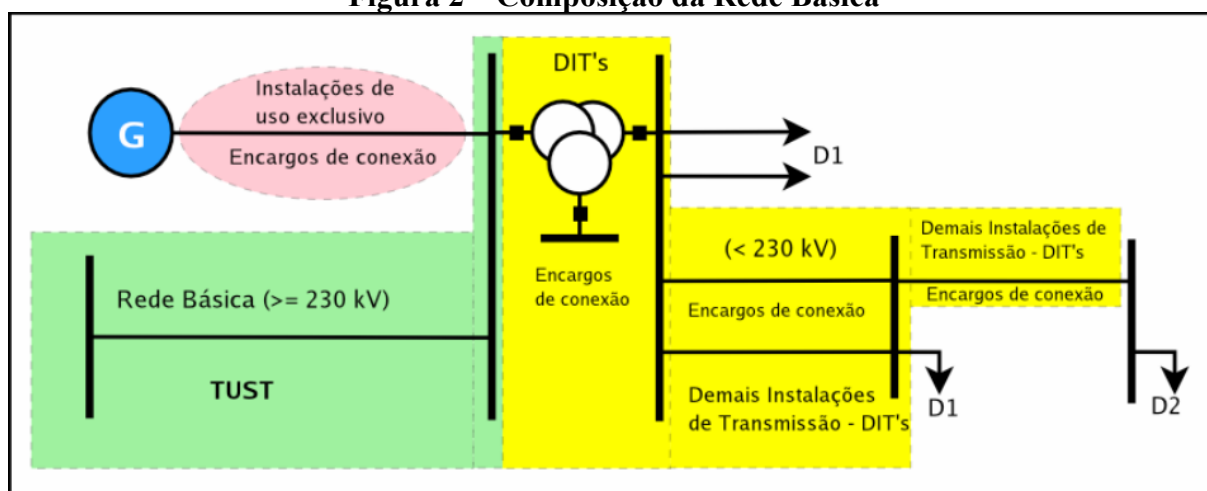
<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> O objetivo do encargo de conexão consiste em remunerar as instalações de transmissão segunda a responsabilidade integral do consumidor pelo custo das instalações de uso exclusivo entre a unidade consumidora e a Rede Básica. Vide Nota Técnica nº 0072/2011-SRD/SRE/ANEEL, de 13/12/2011.

<sup>70</sup> ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 21 abr 2014.

Com base nesta Resolução, o acesso às DIT's, representadas pela cor amarelo da Figura 1 acima, passou a ser equiparado ao acesso aos sistemas de distribuição, mediante pagamento da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, cabendo a contratação e o faturamento à concessionária ou permissionária de distribuição.<sup>71</sup>

**Figura 2 – Composição da Rede Básica**



**Resolução ANEEL nº 433/2000<sup>73</sup>**

Pela leitura que se faz do disposto do art. 3º da Resolução ANEEL nº 433/2000<sup>74</sup>, a responsabilidade pelos investimentos nos equipamentos de transformação, conectados em níveis de tensão inferiores a 230 kV, passou a ser atribuída às concessionárias de distribuição, segundo o pressuposto de que a utilidade local destas instalações se difere da Rede Básica, em

<sup>72</sup> Conceitualmente, Eficiência Alocativa consiste na capacidade da concessionária escolher a quantidade de cada fator, considerando os seus preços, objetivando proporcionar o melhor resultado financeiro. (SERRATO, Eduardo. *Fronteiras paramétricas de eficiência para o segmento de transmissão de energia elétrica no Brasil*. 2006. 79 f. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público)-Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade, Ciência da Informação e Documentação, 2006)

<sup>74</sup> “Art. 3º Integram a Rede Básica as linhas de transmissão, os barramentos, os transformadores de potência e os equipamentos com tensão igual ou superior a 230 kV, com exceção das seguintes instalações e equipamentos:”

que os níveis de tensão igual ou superior a 230 kV indicam finalidade sistêmica. O art. 4º e §1º da referida Resolução<sup>75</sup> ainda determinava que, a partir de janeiro 2003, as instalações de transformação, anteriormente integrantes da Rede Básica, passariam a integrar as DIT's, cujo usuário acessante deveria pagar a TUSD.<sup>76</sup>

Contudo, essa classificação estabelecida não se mostrou viável, pois os necessários investimentos na transformação da fronteira reclassificada não foram realizados, pelas seguintes razões:

- No momento da privatização da distribuição, esses investimentos estavam sob responsabilidade das transmissoras, o que fez as distribuidoras alegarem não estarem preparadas técnica ou economicamente para assumi-los; e
- Muitas das subestações envolvidas eram compartilhadas entre distribuidoras, o que causou conflito de interesses quanto ao momento adequado para expandi-las.<sup>77</sup>

Objetivando trazer uma solução prática ao déficit de investimentos nas instalações de fronteira, a ANEEL editou a Resolução nº 489, em 29 de agosto de 2002, cujo art. 2º, incisos I a V, c/c art. 7º<sup>78</sup> estabeleceu que as concessionárias de distribuição de energia elétrica poderiam contratar as concessionárias de transmissão para implementar os investimentos necessários. Contudo, ainda que alguns problemas específicos tenham sido

---

<sup>75</sup> “Art. 4º Todas as instalações classificadas como integrantes da Rede Básica, incluindo as relacionadas na Resolução n.º 166, de 2000, que se enquadrem no disposto nos incisos I, II e III do art. 3º desta Resolução, serão reclassificadas, a partir de 1º de janeiro de 2003, como instalações de uso exclusivo dos respectivos usuários, em caráter individual ou compartilhado.

§ 1º A reclassificação de que trata este artigo se dará por ocasião da primeira revisão periódica de tarifas do concessionário ou permissionário de distribuição, usuário das respectivas instalações, que vier a ocorrer a partir de janeiro de 2003.”

<sup>76</sup> ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 21 abr 2014.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> “Art. 2º É de responsabilidade da concessionária e permissionária de distribuição, na respectiva área de concessão, a implementação das instalações específicas de transmissão não integrantes da Rede Básica, a seguir discriminadas:

I – substituição de equipamentos, para fins de reforço, em subestações de propriedade de concessionária de transmissão;

II – recapacitação, inclusive o recondutoramento e a alteração do traçado, para fins de reforço, de linhas de transmissão de propriedade de concessionária de transmissão;

III – novas instalações em subestações autorizadas ou de propriedade de concessionária de transmissão;

IV – novas linhas de transmissão em tensão inferior a 230 kV, desde que interliguem duas subestações de propriedade de concessionária de transmissão;

V – novas subestações seccionadoras, em tensão inferior a 230 kV, em linhas de transmissão de propriedade de concessionária de transmissão; e [...]

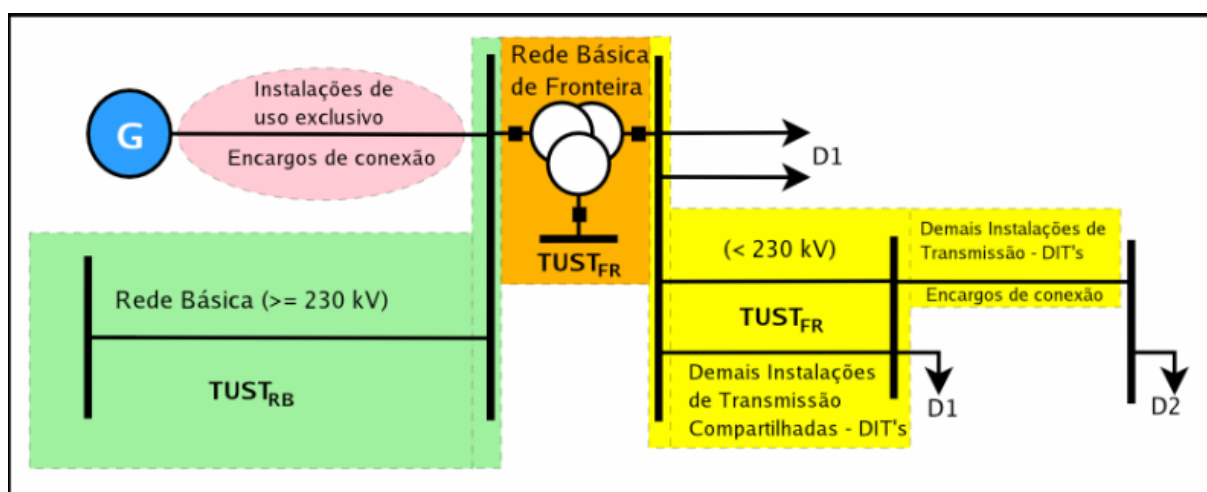
Art. 7º As concessionárias de transmissão ficam autorizadas a implementar as instalações de que tratam os incisos I, II, III, IV e V, art. 2º, desta Resolução, desde que previamente contratadas pelos respectivos usuários [distribuidoras].” (grifo nosso).

solucionados, a necessária expansão da rede de fronteira novamente não ocorreu como planejado, haja vista que:

- Persistia o problema do conflito de interesses nas subestações compartilhadas entre distribuidoras, que deveriam decidir conjuntamente pela contratação da transmissora;
- Surgiram problemas de conflito de responsabilidades quanto ao momento da expansão, pois o usuário da instalação – a distribuidora – dificilmente concordava com a data requerida pelo seu proprietário – a transmissora, o que poderia fazer com que os equipamentos ficassem sujeitos a sobrecarga e risco de dano; e
- O encargo de conexão contratado entre transmissora e distribuidora, por ser considerado item de custo não-gerenciável, estava sujeito à prévia aprovação da ANEEL, o que foi entendido pela transmissora mais como uma oportunidade de negócio do que uma obrigação de concessionário de serviço público.<sup>79</sup>

Somando-se os problemas acima descritos com a insuficiência na expansão das subestações de fronteira e das DIT's, a ANEEL editou as Resoluções Normativas nºs 67 e 68, ambas de 6 de junho de 2004, cujo objeto foi estabelecer procedimentos para acesso e implementação de reforços nas DIT's e para expansão das instalações de transmissão de interesse sistêmico<sup>80</sup> e de âmbito próprio das distribuidoras.<sup>81</sup> A Figura 3 abaixo ilustra a nova configuração das instalações de transmissão:

**Figura 3 – Composição da Rede Básica**



**Resolução Normativa nº 67/2004<sup>82</sup>**

<sup>79</sup> ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr 2014.

<sup>80</sup> O interesse sistêmico se refere à função da Rede Básica como sistema interligado que visa a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros.

<sup>81</sup> ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr 2014.

<sup>82</sup> *Ibid.*

Segundo essa nova classificação, as subestações de fronteiras, representadas pela cor laranja, para atendimento do mercado de distribuição, passam a ser de responsabilidade da concessionária de transmissão e expandidas na forma das recomendações do planejamento setorial. A remuneração pelo serviço prestado por essas subestações passou a ser custeada pelas distribuidoras, com vistas a preservar a eficiência alocativa, neste caso, impedir a transferência dos custos locais (fronteira) aos usuários de outras regiões do sistema elétrico. As concessionárias de transmissão também passaram a ser responsáveis pelos reforços em instalações existentes, incluídas as DIT's.<sup>83</sup>

Em especial, veja-se que a Resolução Normativa nº 67/2004 classificou as DIT's como barramentos com tensão inferior a 230 kV das subestações de fronteira, passando a integrar instalações do âmbito da distribuição, sujeita ao pagamento da TUSD<sup>84</sup>. Essa nova classificação passou a onerar demasiadamente os consumidores livres, pois, em que pese terem suas unidades consumidoras conectadas às DIT's – cujas instalações são de propriedade das concessionárias de transmissão – a sua conexão passou ser considerada como de âmbito da distribuição, e, conseqüentemente, mediante o pagamento dos elevados custos da TUSD à distribuidora local.<sup>85</sup>

Para a edição da Resolução Normativa nº 67/2004, a ANEEL promoveu a Audiência Pública<sup>86</sup> nº 034/2003, com vistas a aprimorar e aperfeiçoar a regulamentação proposta, através das contribuições prestadas pelos agentes afetados.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Em apertada síntese, o serviço de transmissão prestado pela distribuidora é pago mediante parcela específica da TUST, denominada TUST-FR, que incorpora, ainda, “os custos de transporte associados às Demais Instalações de Transmissão - DITs compartilhadas entre as concessionárias de distribuição.” A metodologia para o cálculo da TUST estabelece tarifas com sinal econômico locacional, conforme disciplina o art. 3º, inciso XVIII, alínea “b”, da Lei nº 9.427/96. (*In*: ANEEL. Informações Técnicas disponibilizadas no sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 5 mai. 2014). No cálculo da TUST, considera-se a localização da unidade consumidora na linha de transmissão (conexão) e a quantidade de unidades consumidoras conectadas, para fins de rateio proporcional entre os consumidores acessantes das instalações de transmissão. Ao contrário do que ocorre na TUST, no cálculo da TUSD realiza-se um rateio considerando todos os consumidores (livres ou cativos) conectados na sua rede, independente da localização da conexão da unidade consumidora, se no início ou no final da linha de transmissão. Esse é o fator que tem feito com que a TUSD, em regra, seja mais elevada do que a TUST para os consumidores livres com suas unidades consumidoras conectadas às DIT's. Para as usinas de geração que utilizam instalações das distribuidoras, a solução encontrada foi o pagamento da TUSDg, tarifa que considera, entre outros aspectos, o sinal locacional para o cálculo. O ideal, portanto, é que as DIT's fossem remuneradas da mesma forma, com vistas a preservar o sinal locacional (Vide Resoluções Normativas ANEEL nº 349/2009 e nº 439/2011 e Despacho ANEEL nº 1.131/2010).

<sup>86</sup> As Audiências Públicas promovidas pela ANEEL tem como objetivo recolher subsídios e informações junto aos agentes afetados, permitindo que a estes lhe seja oportunizada a chance para encaminhar pleitos, opiniões e sugestões referentes ao assunto em discussão. Trata-se de determinação legal por força do art. 4, §3º, da Lei nº 9.427/96, que dispõe que “o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do

No Voto do então Diretor-Relator, Jaconias de Aguiar, consta que houve divergência de opiniões entre as concessionárias de distribuição e os consumidores livres, no que pertine à classificação dos barramentos com tensão inferior a 230 kV, situados nas subestações integrantes da Rede Básica.<sup>87</sup>

As concessionárias de distribuição manifestaram que não seria isonômico instituir tarifas distintas para o mesmo nível de tensão de distribuição, menor do que 230 kV, o que poderia motivar os acessantes, especialmente os consumidores livres, a buscarem conectar suas unidades consumidoras naqueles barramentos, assim descartando os investimentos efetuados pelas distribuidoras para atendê-los e, com isso, onerando os demais consumidores atendidos pela distribuidora local. Os consumidores livres, por outro lado, afirmaram que tinham o direito de escolher tarifas menores para viabilizar seus negócios, especialmente devido ao fato de que as instalações acessadas não eram de propriedade das distribuidoras, e que, portanto, não seria devido o pagamento da TUSD.<sup>88</sup>

Em suas ponderações, o Diretor-Relator consignou que a proposta original da Resolução previa que um consumidor cativo, cuja unidade consumidora esteja conectada a um barramento de tensão inferior a 230 kV, em subestação integrante da Rede Básica, ao tornar-se livre, passaria a ter o encargo de custear a TUST, com os acréscimos dos encargos referentes à transformação para o barramento de baixa tensão, e a diferença de receita referente à TUSD, “[...] embutida na tarifa de fornecimento do consumidor, [...] repassada aos demais consumidores cativos da concessionária, de modo a manter inalterada sua receita pela prestação de serviços públicos [...]”.

Todavia, aquele Diretor ressaltou que ao repassar esta perda de receita – decorrente da opção do consumidor cativo em tornar-se livre – os demais consumidores cativos da distribuidora teriam que suportar o rateio destes custos adicionais, com vistas a manter-se a receita da distribuidora inalterada, o que, no entendimento da ANEEL, violaria o disposto no art. 15, §5º, da Lei nº 9.074/95, cujo teor determina que:

---

setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.” O art. 15, §1º da Resolução Normativa ANEEL nº 273/2007, conceitua que “Audiência Pública é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, de ampla consulta à sociedade, que precede a expedição dos atos abrangidos pelo caput deste artigo”

<sup>87</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Processo nº 48500.003812/00-67. Relator: Jaconias de Aguiar. Brasília, 7 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

<sup>88</sup> *Ibid.*

O exercício da opção pelo consumidor não poderá resultar em aumento tarifário para os consumidores remanescentes da concessionária de serviços públicos de energia elétrica que haja perdido mercado.

Com base nestes fundamentos, a Resolução Normativa nº 67/2004 – incluída a alteração dada pela Resolução Normativa ANEEL nº 442/2011 – passou a dispor da seguinte redação para definir as DIT's:

Art. 4º Não integram a Rede Básica e são classificadas como Demais Instalações de Transmissão, as Instalações de Transmissão que atendam aos seguintes critérios:

I – linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em qualquer tensão, quando de uso de centrais geradoras, em caráter exclusivo ou compartilhado, ou de consumidores livres, em caráter exclusivo;

II – instalações e equipamentos associados, em qualquer tensão, quando de uso exclusivo para importação e/ou exportação de energia elétrica e não definidos como instalações de transmissão de energia elétrica destinadas a interligações internacionais; e (Redação dada pela REN ANEEL 442 de 02.07.2011.)

III – linhas de transmissão, barramentos, transformadores de potência e equipamentos de subestação, em tensão inferior a 230 kV, localizados ou não em subestações integrantes da Rede Básica. (grifo nosso).

Aspecto relevante que se ressalta é o fato de que as DIT's compõem os ativos das concessionárias de transmissão, ou seja, integram as instalações das concessionárias de transmissão, mas, contudo, são remuneradas pelos consumidores livres mediante o pagamento da TUSD. O justo é que o consumidor livre, que conectasse suas instalações a uma DIT, pagasse somente a TUST, na medida em que os ativos da respectiva conexão integram a concessão de transmissão. Ao cobrar desse consumidor livre uma TUSD, o mesmo passa a arcar com um custo que é rateado entre todos os consumidores cativos daquela distribuidora, não respeitando, desta forma, o uso locacional das instalações de transmissão que estão sendo utilizadas.

## **2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ISONOMIA**

Com base nos aspectos legais, regulamentares e regulatórios já delineados sobre a complexa operação que envolve a livre comercialização de energia elétrica e as Demais Instalações de Transmissão – DIT's, passa-se a abordar questões essenciais sobre os direitos

fundamentais, em especial sobre o princípio constitucional da igualdade, no seu sentido de isonomia (tratamento igualitário), bem como as questões que norteiam a aplicação, pela ANEEL, do princípio da isonomia entre os consumidores de energia elétrica.

## **2.1 Características essenciais dos direitos fundamentais**

O princípio da igualdade tem sede na Constituição Federal, inserido como valor supremo da República Federativa do Brasil, inserto no rol dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tal como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inciso III). Doravante encontra-se no rol de direitos e garantias individuais da Constituição Federal, conforme previsão disposta no art. 5º, *caput*.

Considerando que a igualdade constitui explícito direito fundamental, importa tecer algumas considerações acerca da definição, características, funções, estrutura normativa e proteção inerentes aos direitos fundamentais, a fim de, após, partir-se para a análise do direito fundamental à igualdade, em sua concepção formal de isonomia.

Os direitos fundamentais assumem hoje papel destacadamente relevante, haja vista que integram o núcleo essencial da Constituição Federal de 1988. De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, “O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa”<sup>89</sup>. Assumem missão precípua na proteção da dignidade da pessoa humana. Observado em sua concepção material – fundamentalidade material – são pretensões, em conformidade com dado momento da história, que “se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.<sup>90</sup>

Note-se que o constituinte de 1988 tratou os direitos fundamentais como (i) princípios fundamentais e como (ii) direitos e garantias fundamentais. Princípios fundamentais são os positivados no Título I – Dos Princípios Fundamentais – compreendido

---

<sup>89</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 153.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 159. No mesmo sentido, explica-se a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, como a consagração de um conjunto de direitos fundamentais que reside na intenção específica de explicar a dignidade da pessoa humana. In: ANDRADRE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 85.



os arts. 1º a 4º da Constituição Federal<sup>91</sup>, ao passo que os direitos e garantias fundamentais estão presentes no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – compreendendo: (i) direitos e deveres individuais e coletivos (Cap. I, art. 5º); (ii) direitos sociais (Cap. II, arts. 6º a 11); (iii) direitos de nacionalidade (Cap. III, arts. 12 e 13); (iv) direitos políticos (Cap. IV, arts. 14 a 16); e (v) direitos dos partidos políticos (Cap. V, art. 17).<sup>92</sup> Não obstante, são todos direitos fundamentais.

Em especial, os direitos fundamentais “constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”<sup>93</sup>. Em outros termos, são valores consagrados superiores às demais normas constitucionais e infraconstitucionais, com verdadeiro *status* jurídico destacado. Têm natureza de cláusulas pétreas, na forma do que prevê art. 60, §4º, da CF/88, o que obsta que sejam revogados ou suprimidos por ato do poder constituinte derivado, incluindo não somente normas de direitos fundamentais mas também normas derivadas.<sup>94</sup>

No que tange às características dos direitos fundamentais, estes são relativos, não-universais, inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, constitucionalizados e vinculados aos Poderes Públicos.<sup>95</sup>

Constituem-se relativos<sup>96</sup> pois podem ser restringidos ou limitados, como v.g. o direito à vida, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, em relação à vedação da pena de morte que, em casos excepcionais, pode ser admitida em havendo guerra formalmente declarada (art. 5º, XLVII, a, da CF). Definem-se por não-universais em decorrência de não serem aplicáveis a todos os sujeitos. O direito fundamental à vida, à título de exemplo, aplica-se a todos os seres humanos, ao passo que os direitos laborais somente possuem aplicabilidade aos trabalhadores.<sup>97</sup>

---

<sup>91</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>93</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77.

<sup>94</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>95</sup> Cf. MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

<sup>96</sup> Para José Afonso da Silva, “Seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem inteiramente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão legal”. *In: op. cit.*, p. 181-182. Uadi Lammêgo Bulos, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais são, em regra, relativos, mais no caso da proibição à tortura e tratamento desumano ou degradante, são direitos fundamentais absolutos, devendo ser exercidos irrestritamente. *In: Op. cit.*, p. 406-407.

<sup>97</sup> MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.* p. 161-163.

São inalienáveis na medida em que não permitem compra, venda, cessão, doação, enfim, qualquer espécie que constitua disposição patrimonial<sup>98</sup>, porquanto “não são de conteúdo econômico-patrimonial”<sup>99</sup>. É vedado exercer o direito de renunciar (irrenunciabilidade) aos direitos fundamentais. Ao titular é permitido não exercê-lo, mas nunca renunciá-lo.<sup>100</sup>

A constitucionalização, por sua vez, é *conditio sine qua non* de todos os direitos fundamentais. Neste aspecto é que se observa a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, porquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados na Constituição Federal, ao contrário dos direitos humanos, que possuem natureza jusnatural e índole filosófica, não necessitando de positivação como elemento essencial de constituição.

Por seu *status* constitucional, os direitos fundamentais possuem vinculação aos Poderes Públicos – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e disso decorre que quaisquer atos praticados por seus agentes, nas três esferas de poder, devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, sob consequência de invalidação (nulidade) de tais atos.<sup>101</sup>

Em se tratando das funções, com base na teoria dos quatro *status* de G. Jellinek<sup>102</sup>, os direitos fundamentais podem dividir-se em direitos de defesa e direitos prestacionais. Há quem compreenda, ao contrário dos juristas Robert Alexy<sup>103</sup> e J. J. Gomes Canotilho<sup>104</sup>, que haja uma terceira espécie, que seriam os direitos de participação<sup>105</sup>, referentes aos direitos políticos embasados na formação do Estado.<sup>106</sup> Contudo, torna-se essencial apenas distinguir os direitos de defesa que impedem atos praticados pelo Estado contra os indivíduos, dos direitos de reclamar conduta prestacional do Estado em decorrência das necessidades sociais.

Os direitos de defesa exigem um não fazer do Estado, ou seja, reclamam uma não intervenção do Estado na esfera individual dos sujeitos de direito.<sup>107</sup> Para exemplificar, vejam-se as liberdades positivadas no art. 5º da Constituição Federal: liberdade de

---

<sup>98</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 720 e 733.

<sup>99</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 181.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>101</sup> MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 164-166.

<sup>102</sup> “No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado.” *In*: MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>103</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433-511.

<sup>104</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-409.

<sup>105</sup> Neste sentido, MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV, p. 85; SARLET, *op. cit.*, p. 155-157; ANDADE, *op. cit.*, p. 192; MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 178.

<sup>106</sup> MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 180.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 178.

manifestação de pensamento (inciso IV), liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII), entre outras.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho há uma dupla perspectiva no cumprimento dos direitos de defesa, uma objetiva e outra subjetiva:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>108</sup>

Os direitos prestacionais, por sua vez, exigem um *facere* do Estado, no intuito de criar condições materiais necessárias a garantir a efetivação dos direitos sociais. Devem ser concretizados diretamente ou por intermédio do Estado. Trata-se de uma exigência positiva. São consubstanciados sob a modalidade prestacional jurídica – reclamam normatização do Estado em face do bem jurídico tutelado pelo direito fundamental –, ou material – reclamam prestação material do Estado objetivando reduzir as desigualdades existentes –, prevista no rol dos direitos sociais dispostos no art. 6º, *caput*,<sup>109</sup> da Constituição Federal.<sup>110</sup>

Robert Alexy ensina que “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial.”<sup>111</sup> A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais conceitua-se à luz da posição (*status*) que os direitos fundamentais detêm, pois estão no topo do ordenamento jurídico-constitucional, passando a vincular todos os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) por seu conteúdo e aplicação. Por fundamentalidade substancial, compreendem-se as decisões tomadas, à luz dos direitos fundamentais, no véis da estrutura normativa básica da sociedade.<sup>112</sup>

Também possui os direitos fundamentais uma fundamentação subjetiva e objetiva<sup>113</sup>, revelando, nesse sentido, uma dimensão dupla<sup>114</sup>, ou duplo carácter em sua

---

<sup>108</sup> *Op. cit.*, p. 408.

<sup>109</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>110</sup> MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 180.

<sup>111</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 520.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 520-522.

<sup>113</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1256-1257.

<sup>114</sup> ANDRADE, *op. cit.*, p. 143-144.

fundamentalidade.<sup>115</sup> Observa-se na dimensão subjetiva significado e relevância conferida ao indivíduo, voltada aos seus interesses, situação de vida e liberdades.<sup>116</sup> Em sua dimensão objetiva tal significado e relevância é conferida à coletividade<sup>117</sup>, cuja fundamentalidade revela-se em valores, regras ou princípios possuidores de validade objetiva, absoluta e universal, sem levar em conta o cidadão considerado individualmente.<sup>118</sup> Por sua vez, os direitos fundamentais constituem princípios que irradiam ou iluminam todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito dos três poderes.<sup>119</sup>

Na dimensão objetiva das normas fundamentais, enquanto sistema jurídico destinado à coletividade, os direitos de defesa subjetivos dos particulares constituem determinações de competências negativas do Poder Público. Assim, deve ser garantida especial proteção, no sentido de determinar que o Estado (i) concretize ou (ii) seja autorizado a impor limitações aos direitos fundamentais. Há, portanto, uma limitação de determinação de competência positiva e negativa ao Estado.<sup>120</sup>

As normas de direito fundamental, sob a perspectiva da sua dimensão objetiva, irradiam a toda a ordem jurídica<sup>121</sup>, não tendo em si somente direitos subjetivos de defesa dos particulares em decorrência dos atos praticados pelo Estado, mas significando, também, a natureza dos valores objetivos que devem irradiar para todo o ordenamento jurídico, conferindo bases e diretrizes para o administrador, o legislador e o julgador. Constituem as normas de direitos fundamentais princípios objetivos (segundo uma ordem objetiva de valores) que irradiam a todas as esferas de poder, influenciando sobre a coletividade de toda uma sociedade.<sup>122</sup>

Segundo prescreve o art. 5º, §1º, da CF/88, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Trata-se de norma de natureza principiológica, um tipo de mandado de otimização ou maximização, definindo aos órgãos do Estado a missão de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Seu alcance, por sua vez, está condicionado ao exame hipotético do caso concreto. Caso ocorra

---

<sup>115</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 228-229.

<sup>116</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1256 e VALE, André Rufino do. *Eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 77.

<sup>117</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1256.

<sup>118</sup> LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6. ed. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 137 *apud* VALE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>119</sup> VALE, *op. cit.*, p. 78.

<sup>120</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 239-240.

<sup>121</sup> VALE, *op. cit.*, p. 80.

<sup>122</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 524-533.

descumprimento, deverá haver justificativa devidamente fundamentada.<sup>123</sup> Em outros termos, resulta que “a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto [...]”<sup>124</sup>.

Os direitos fundamentais detêm força vinculante, o que pode conferir algum grau de discricionariedade aos Poderes Públicos no que pertine à sua aplicabilidade e o cumprimento desses direitos constantes da Constituição.<sup>125</sup> Contudo, ressalte-se que a aplicabilidade não depende de qualquer medida de concretização ou regulamentação, haja vista que detêm maior aplicabilidade e eficácia do que as demais normas da Constituição. Negar-se a condição de eficácia aos direitos fundamentais com *status* privilegiado é o mesmo que negar a própria fundamentalidade.<sup>126</sup> Nesse sentido, a dotação de eficácia que se confere aos direitos fundamentais, em conformidade com o que prevê o art. 5º, §1º, da CF, traz a compreensão de que:

(...) aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (...) <sup>127</sup>

Pelo exposto, conclui-se que os direitos fundamentais constituem o núcleo essencial da Constituição Federal, parâmetro hermenêutico e valores superiores ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, com *status* jurídico destacado. São cláusulas pétreas, relativas, não universais, inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis, constitucionalizadas e vinculadas aos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Têm como função o (i) direito de defesa que impede atos praticados pelo Estado contra os sujeitos de direitos e o (ii) direito de reclamar conduta prestacional do Estado em decorrência das necessidades sociais.

Segundo a fundamentalidade formal, os direitos fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico-constitucional, vinculando todos os Poderes Públicos por seu conteúdo

---

<sup>123</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 288.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 289.

<sup>125</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>126</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 289-290.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 289.

e aplicação e, segundo a fundamentalidade substancial, constituem-se as decisões tomadas na estrutura normativa básica da sociedade, sempre à luz dos direitos fundamentais. Constituem, portanto, uma dimensão subjetiva e objetiva, que irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive no âmbito dos três poderes, conferindo bases e diretrizes para o administrador, legislador e julgador.

Enfim, possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena e vinculante aos poderes públicos, segundo sua condição e *status* privilegiado de fundamentalidade na Constituição, devendo-se extrair a maior eficácia possível aos direitos fundamentais quando aplicáveis ao caso concreto.

## 2.2 Princípio constitucional da igualdade

Tomando-se o princípio da igualdade conforme previsto na norma, segundo sua natureza de igualdade formal – que implica tratamento isonômico (igualitário) a todos os sujeitos de direito, ou seja, sob a égide da universalização – poderá acarretar, quando concretizado, discriminação quanto ao conteúdo. Por essa razão é que deve-se também analisar a igualdade no seu sentido material, conferindo tratamento igual aos iguais, e tratamento desigual aos desiguais.<sup>128</sup>

Sob este aspecto, transcreve-se conceito de Manoel Jorge e Silva Neto:

[...] ultrapassado o modelo de Estado burguês, que se ocupava da dimensão meramente formal do postulado isonômico, passou o ente estatal a interferir na vida em sociedade para efetivar a isonomia de natureza substancial, que vem a ser a intervenção do Estado para, ao reconhecer diferenças essenciais entre os indivíduos, tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades, segundo a célebre definição aristotélica.<sup>129</sup>

Observe-se que os homens jamais foram e nunca serão iguais, porquanto a desigualdade é inerente à condição de todo ser humano. A igualdade formal existe entre sujeitos, nesse sentido, quanto aos direitos, obrigações, faculdades e deveres. Contudo, deve-se almejar uma igualdade proporcional, haja vista que não se deve tratar todos igualmente em

---

<sup>128</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 427-428.

<sup>129</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 655.

situações decorrentes de fatos distintos ou desiguais. Propõe-se, portanto, o sentido real e concreto do princípio da igualdade, e não meramente formal ou nominal. Logo, os sujeitos que estiverem em situação de desigualdade, devem receber um tratamento na exata medida de suas desigualdades.<sup>130</sup>

Nesse contexto, importa transcrever importantes explanações de Paulo Gustavo Gonet Branco:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. [...] <sup>131</sup>

No que pertine à igualdade formal, compreendida sob a natureza do tratamento isonômico, impende destacar que tal tratamento deve ser perseguido sob a óptica da aplicação da norma de forma igualitária para todos os sujeitos, ou seja, exprimindo igualdade normativa a todos as pessoas. Tal princípio encontra-se previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao disciplinar que “todos são iguais perante a lei”. Logo, indistintamente e em idêntica condição de igualdade, todos os sujeitos devem ser submetidos às mesmas condições jurídico-normativas impostas.<sup>132</sup>

Para a devida aplicação do princípio da igualdade, deve-se analisar o caso concreto, com vistas a identificar se os sujeitos de direito em questão (critério da legitimidade), estão ou não em igualdade de condições e possuem ou não a mesma natureza. Esta é uma resposta jurídica essencial para se identificar se será dado um tratamento isonômico (igualitário) ou desigual (proporcional) aos sujeitos de direitos afetados pela proposição jurídica.

## **2.3 Princípio da isonomia aplicado aos agentes setoriais**

Em decorrência do direito fundamental à igualdade, em seu sentido formal e igualitário, há o princípio fundamental da isonomia, onde os agentes, em igualdades de

---

<sup>130</sup> Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

<sup>131</sup> MENDES, COELHO, BRANCO, *op. cit.*, p. 296.

<sup>132</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 780.

condições, devem ser tratados de igual modo. Trata-se de corolário fundamental de aplicação do direito que deve incidir sobre todas as decisões e acerca da criação, modificação ou extinção de normas regulatórias no âmbito da ANEEL.

Sobre este aspecto, o art. 3º da Estrutura Regimental da ANEEL – Anexo I, aprovada pelo Decreto nº 2.335/1997, que regulamentou a Lei nº 9.427/1996, traz importante enunciado sobre o modo como a ANEEL deve pautar-se na regulação econômica, nos seguintes termos:

Art. 3º A ANEEL orientará a execução de suas atividades finalísticas de forma a proporcionar condições favoráveis para que o desenvolvimento do mercado de energia elétrica ocorra com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando as seguintes diretrizes:

[...]

III - adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos;

[...]

V - criação de ambiente para o setor de energia elétrica que incentive o investimento, de forma que os concessionários, permissionários e autorizados tenham asseguradas a viabilidade econômica e financeira, nos termos do respectivo contrato; (grifo nosso).

Extraia-se do dispositivo supracitado, que a ANEEL tem como missão orientar a execução de suas atividades finalísticas, de forma a propiciar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, observando-se a diretriz de (i) adotar critérios que evitem ou impeçam o livre acesso aos sistemas elétricos e (ii) criar ambiente que incentive os investimentos e assegure a viabilidade econômica e financeira dos agentes concessionários, permissionários e autorizados.

No caso em análise, da mesma forma que a ANEEL não pode obstar o livre acesso dos consumidores livres às instalações de transmissão e distribuição de energia elétrica, também não pode trazer desincentivo aos investimentos das transmissoras e distribuidoras, a ponto de não assegurar a viabilidade econômica e financeira dos empreendimentos na prestação do respectivo serviço público.

Ao se observar o princípio da livre iniciativa como prerrogativa essencial dos consumidores livres de energia elétrica, situada no âmago dos princípios gerais da atividade



econômica (art. 170 da CF/88<sup>133</sup>), constata-se que o exercício da competência regulatória da ANEEL, exercida através da sua discricionariedade técnica, deve ser sopesada pela autonomia da vontade dos agentes econômicos envolvidos, face às obrigações que são assumidas nos contratos.

Para que a ANEEL possa criar condições favoráveis para desenvolver o mercado de energia elétrica e buscar o necessário equilíbrio entre os agentes, devem-se analisar todos os interesses que estiverem em contraposição no caso concreto. A tomada de decisão deve perpassar por uma escolha discricionária tecnicamente eficiente, mas, contudo, sempre em estrito acatamento aos princípios constitucionais e normas legais e regulamentares então vigentes.

A regulamentação econômica, nesse sentido, jamais perde o seu caráter jurídico, pois, dada a natureza de autarquia vinculada da ANEEL (art. 1º, da Lei nº 9.427/1996)<sup>134</sup>, todos os atos praticados possuem a natureza de atos administrativos, plenamente submetidos ao ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Notadamente deve-se primar pela garantia essencial do direito fundamental à isonomia, situado no ápice do ordenamento jurídico-constitucional, caracterizado como parâmetro hermenêutico concretizador de todos os atos praticados pela ANEEL, sobretudo quanto à aplicabilidade imediata e a preservação do seu núcleo essencial.

### **3 A NECESSÁRIA ISONOMIA ENTRE OS CONSUMIDORES LIVRES**

#### **3.1 O caso dos consumidores livres ALCOA e RIMA**

Nos autos do processo ANEEL nº 48500.002610/04-31, a ALCOA – Alumínio S.A., consumidor livre de energia elétrica, requereu tratamento diferenciado para pagar

---

<sup>133</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>134</sup> Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado. (Grifo nosso).

somente a TUST. A unidade consumidora da ALCOA é conectada ao barramento de 138 kV da subestação de Poços de Caldas/MG, de propriedade de FURNAS – Centrais Elétricas S.A., tendo formalizado a opção de tornar-se consumidor livre em 2002, quando a classificação das instalações de transmissão era tratada pela Resolução ANEEL nº 433/2000.<sup>135</sup>

O barramento de 138 kV, na forma do que disciplinava a Resolução ANEEL nº 245/1998, fazia parte da Rede Básica. Sobrevindo a Resolução ANEEL nº 433/2000, este barramento passou a fazer parte das instalações do âmbito da distribuição, cujo uso far-se-ia mediante o pagamento da TUSD. Contudo, conforme já analisado, (i) como não houve o necessário investimento na expansão e (ii) para permitir a adequada prestação do serviço aos usuários, a ANEEL editou a Resolução Normativa nº 67/2004, em que a responsabilidade por essas instalações passou a ser das transmissoras, mas o pagamento pelo serviço prestado por essas transmissoras passou a ser faturado pelas distribuidoras, mediante a exigência do pagamento da TUSD.<sup>136</sup>

Neste contexto, a Superintendência de Regulação de Transmissão – SRT<sup>137</sup> da ANEEL relatou que a distribuidora local DME – Distribuição S.A. não teria qualquer instalação em tensão de 138 kV, nem consumidor ou tarifa nesse nível de tensão, o que dificultaria o cálculo de uma tarifa específica (não convencional) para a ALCOA.

A ALCOA teria construído essa linha de transmissão em sua propriedade, objetivando acessar a Rede Básica, através de análises econômicas e financeiras que pudessem viabilizar as suas operações industriais. Assim, pretender alterar o seu acesso à Rede Básica para a rede de distribuição iria modificar unilateralmente a sua posição inicial de investimento. Neste caso específico, tanto FURNAS quanto DME apresentaram manifestação concordando com o pleito da ALCOA.<sup>138</sup>

Sobrevindo a nova sistemática, o barramento de 138 kV, em que estava conectada as instalações da ALCOA, passou a integrar as DIT's, sendo tratado como instalações de

---

<sup>135</sup> ANEEL. Processo nº 48500.002610/04-31. Voto do Relator Edvaldo Alves Santana, de 4 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1 mai. 2014.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> A Superintendência de Regulação dos Serviços de Transmissão – SRT possui a competência de “regulação, normatização e padronização dos serviços de transmissão de energia elétrica; autorização de reforços em instalações sob responsabilidade de concessionária de transmissão; supervisão do acesso ao sistema de transmissão e da conexão às instalações sob responsabilidade de concessionária de transmissão; estabelecimento dos encargos de conexão e das tarifas de uso do sistema de transmissão; e reajuste das receitas anuais permitidas das concessionárias de transmissão” (Art. 23, inciso XIII, do Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349/97)

<sup>138</sup> ANEEL. Processo nº 48500.002610/04-31. Voto do Relator Edvaldo Alves Santana, de 4 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1 mai. 2014.

âmbito da distribuição, mediante pagamento da TUSD. Todavia, tais instalações são de uso exclusivo da ALCOA, em que o seu acesso ocorre diretamente à subestação de 138 kV de propriedade de FURNAS, na qual não ocorre nenhuma intermediação ou participação da distribuidora local DME. Inclusive, os investimentos empregados nas instalações foram realizados mediante a formalização do CCT nº 13.474 entre FURNAS e ALCOA, não havendo qualquer participação da distribuidora local.<sup>139</sup>

Por outro lado, a concessionária local de distribuição (DME) não possui nenhum ativo na tensão de 138 kV, o que implica no fato de que nenhum outro usuário da sua rede de distribuição irá fazer uso da subestação de Poços de Caldas (138 kV). Sendo assim, se a rede não pertence à distribuidora, não há, da mesma forma, como lhe atribuir qualquer remuneração por isso. Em decorrência, também não haveria perda de receita para a distribuidora – a ponto de onerar os demais usuários, na forma do que foi tratado no art. 15, §5º da Lei nº 9.074/95 – pois a ALCOA tornou-se consumidor livre em 2002, antecedendo qualquer investimento a ser realizado pela distribuidora.<sup>140</sup>

Nestes termos, concluiu a Procuradoria-Geral da ANEEL que não se mostra razoável exigir da ALCOA o pagamento da TUSD, porquanto não haveria conflitos de interesses entre os agentes envolvidos – ALCOA, FURNAS e DME – nem impacto aos demais consumidores cativos atendidos pela distribuidora. Em nome da segurança jurídica, concluiu-se pela manutenção dos contratos então vigentes antes da edição da Resolução Normativa nº 67/2004.<sup>141</sup>

Em resultado da deliberação, a ANEEL editou a Resolução Autorizativa nº 501, de 4 de abril de 2006, autorizando o acesso do consumidor ALCOA à Rede Básica do SIN, em caráter excepcional, mediante a conexão ao barramento 138 kV da SE Poços de Caldas, de propriedade de FURNAS, e pagamento da TUST, a ser contabilizado pelo ONS.<sup>142</sup>

Caso semelhante ocorreu com o consumidor livre RIMA Industrial S.A. – RIMA, cuja unidade consumidora situa-se no Município de Capitão Enéas/MG e é conectada, através de uma linha de transmissão de uso exclusivo, a um barramento de 138 kV da SE Montes Claros 2, que integra a Rede Básica e é de propriedade da Cemig Geração e Transmissão S.A. – CEMIG-GT.

---

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> ANEEL. Processo nº 48500.002610/04-31. Parecer nº 016/2006-PF/ANEEL, de 05 de janeiro de 2006.

<sup>142</sup> Resolução Autorizativa nº 501. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1 mai. 2014.

Ao perceber que sua situação de conexão é nas mesmas condições da ALCOA – Poços de Caldas, a RIMA protocolou na ANEEL Consulta Administrativa para Regularização do Acesso à Rede Básica e Ressarcimento, tendo os autos do processo sido autuados sob o nº 48500.007238/2010-31. Após negativa ao pleito pela Diretoria Colegiada, mediante o Despacho ANEEL nº 766, de 22 de fevereiro de 2011, o Pedido de Reconsideração da RIMA foi distribuído à Relatoria do Diretor Edvaldo Alves Santana, cujo Voto passa-se a analisar.

A unidade consumidora da RIMA, integrante do SIN, é conectada, mediante linha de transmissão própria, ao barramento de 138 kV da SE Montes Claros 2 (138/345 kV), de propriedade da atual CEMIG-GT (transmissora) e que integra a Rede Básica. Ainda que a conexão da unidade consumidora da RIMA integre as DIT's, esta ocorre entre uma transmissora verticalizada e uma SE que integra à Rede Básica. Não há a migração do consumidor para a Rede Básica e a RIMA possui Contratos de Conexão à Distribuição – CCD e de Uso dos Sistemas de Distribuição – CUSD, celebrados com a Cemig Distribuição S.A. – CEMIG-D (distribuidora).<sup>143</sup>

A problemática existe pelo fato de que, em face do nível de tensão de 138 kV – abaixo dos 230 kV mínimos previstos nos arts. 3º e 4º da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, para que seja “regulatoriamente” classificado como Rede Básica –, os contratos são feitos com a distribuidora local, a custos bem mais elevados, mesmo sem haver a utilização (uso) de qualquer ativo de distribuição.<sup>144</sup>

Com base nisso, a RIMA alegou que deveria pagar a TUST, pois sua conexão é em uma SE integrante da Rede Básica e a distribuidora local não possui nenhuma conexão à instalação da SE Montes Claros 2.<sup>145</sup>

Ao que pese haver divergência entre as datas de conexão da RIMA e da ALCOA, motivo este que, inicialmente, fundamentou o indeferimento do pleito inicial e do Recurso da RIMA para ser enquadrada tal como foi a ALCOA, o Diretor-Relator alegou que “[...] a data

---

<sup>143</sup> ANEEL. Processo nº 48500.007238/2010-31. Voto do Relator Edvaldo Alves Santana, de 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

de conexão de um ou outro consumidor não poderia servir como fundamento para negar o pleito da RIMA”.<sup>146</sup>

Aduziu que não há isonomia entre dois consumidores, cujas unidades consumidoras estejam conectadas “fisicamente” à rede da mesma maneira, tenham que pagar custos de acesso bem distintos. No caso da RIMA, o que há é uma conexão “regulatória” à distribuidora CEMIG-D, pois o consumidor é livre desde 2001, a subestação é da CEMIG-GT, e não há qualquer relação “física” de conexão com a CEMIG D, pois a distribuidora não presta qualquer serviço à RIMA. Contudo, o consumidor paga uma TUSD, tão somente por uma opção regulatória.<sup>147</sup>

O que de fato ocorreu foi que a ANEEL separou os ativos de transmissão e distribuição pelo nível tensão, sem considerar as repercussões tarifárias para a sua escolha, e isso vem causando falta de isonomia entre consumidores com unidades consumidoras conectadas em mesmo nível de tensão, como é o caso da RIMA e ALCOA, sujeitas ao pagamento de tarifas distintas.<sup>148</sup>

Aquele Diretor também asseverou que há uma seara de 1.500 (mil e quinhentos) consumidores livres com instalações conectadas às DIT’s, e que há “quatro dezenas” que se encontram na mesma situação da RIMA e ALCOA, mas que isso não poderia ser óbice ao deferimento do pleito, pois não haveria, conforme alegou a SRT e SRD<sup>149</sup>, uma “debandada” irracional em busca do acesso a tarifas menores.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> A Superintendência de Regulação dos Serviços de Distribuição – SRD possui a competência de “regulação técnica dos serviços de distribuição de energia elétrica, com vistas ao estabelecimento de regras e procedimentos referentes ao planejamento da expansão, ao acesso, operação e medição dos sistemas de distribuição, e a indicadores de qualidade do serviço e do produto energia elétrica, incluindo o desenvolvimento de redes inteligentes e o gerenciamento do lado da demanda; e apoio técnico na definição das tarifas de uso dos sistemas de distribuição;” (Art. 23, inciso XIV, do Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349/97)

<sup>150</sup> Para fins de refutar esta ideia, assim se manifestou o Relator: “51. Quanto ao temor da SRT e da SRD, de uma debandada ‘irracional’ em busca do acesso a tarifas menores, tenho mais a seguinte observação: **o caso ALCOA tem mais de cinco anos e apenas a RIMA solicitou o mesmo tratamento à ANEEL.** Talvez os mais de 1.500 pretendentes, que são os consumidores de alta tensão ligados em DIT de todo o Brasil estejam só esperando o voto de Edvaldo Alves de Santana. O voto da ALCOA, parece-me, não interessava muito. Na prática, se a debandada existir, ela será motivada pelo nível da TUSD, até cinco vezes maior do que o da TUST, que é explicada pela isonomia do nível de tensão, que é justificada pelo monopólio da concessão de distribuição. Este voto trata de um caso, de um consumidor ligado em **SE DA REDE BÁSICA, EM BARRAMENTO DE 138 kV**, que faz parte de um universo de 43 consumidores. É um subconjunto limitado dos mais de 1.500 potenciais demandantes de todo o Brasil, que já poderiam ter feito suas demandas desde 2006, pelo menos. Talvez as próprias distribuidoras possam reagir contra a debandada, propondo a redução de suas próprias tarifas de fio, quem sabe levando em conta os custos. Talvez nem as distribuidoras pensem mais como em 2004, quando

De forma mais específica, assim consignou o Relator em seu Voto:

O temor da SRT e da SRD agora é que, se acatarmos o pleito da RIMA, outros consumidores podem exigir o mesmo tratamento (isonomia), com algum impacto para um número muito pequeno de distribuidoras (seis). A NT nº 147/2011-SRT/ANEEL destaca que o universo de consumidores com situação semelhante à da RIMA é de cerca de 43 (quatro na CEMIG, 12 no Grupo CPFL e 27 na Elektro) e mais dez usinas, UHE e UTE (duas na RGE, uma na CELESC, três na Elektro, duas na CEMIG, uma na ELETROPAULO e uma na EDEVP). Importante deixar claro que exatamente igual ao caso da RIMA, segundo e-mail que minha assessoria recebeu do ONS, só há mais dois casos – de consumidores que são livres e estão conectados em uma SE da rede básica, com ativos de 138 kV. Seja lá como for, o problema não é tão grande e sua solução é bastante simples, como mostro ao final.<sup>151</sup>

A ANEEL teria assumido o critério tensão para separar as instalações de transmissão das de distribuição, mas não foi rigorosa quanto à análise das repercussões tarifárias de sua escolha. Já se sabia, naquela época, que diversas transmissoras possuíam ativos com tensão abaixo de 230 kV, e que várias distribuidoras não tinham ativos em tais tensões. A ANEEL teria utilizado o argumento do monopólio da concessão para eleger o critério tensão, mas que este já estaria superado, inclusive, pelo Decreto nº 5.597/2005, que regulamenta o acesso dos consumidores livres, atendidos em tensão igual ou superior a 230 kV, às linhas de transmissão de energia elétrica.<sup>152</sup>

Aspecto relevante é que se os consumidores livres com instalações conectadas às DIT's, classificados regulatoriamente como consumidores do âmbito da distribuição, optarem por migrarem para a Rede Básica, isso implicaria em que eles deveriam indenizar as distribuidoras pelo uso dos ativos da distribuição. Mas, todavia, os ativos nunca foram da distribuição e, de uma amostra de 15 (quinze) unidades consumidoras conectadas na Rede Básica, em barramento de 138 kV, 06 (seis) delas tinham construído os ativos de transmissão e doado para a transmissora ou distribuidora.<sup>153</sup>

Em seu Voto, o Diretor-Relator deu parcial provimento ao Pedido de Reconsideração da RIMA, assim reclassificando a respectiva conexão no âmbito da Rede Básica, mediante pagamento da TUST mais os custos associados às transformações

---

defenderam na AP a isonomia pelo nível de tensão. Não seria prudente esperar também uma reação das distribuidoras, pedindo o aprimoramento da tarifa?" (grifos originais).

<sup>151</sup> ANEEL. Processo nº 48500.007238/2010-31. Voto do Relator Edivaldo Alves Santana, de 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

correspondentes, até que a Diretoria Colegiada aprove o aprimoramento para cálculo das tarifas dos consumidores com instalações conectadas em SE da Rede Básica, em barramento de tensão de 138 kV.

Nesse sentido, foi determinado à SRD, SRT e SRE<sup>154</sup>, sob a coordenação da primeira, que apresentassem, em 60 (sessenta) dias, estudos para fins de aprimorar o cálculo das tarifas para os referidos consumidores, de forma a trazer uma aproximação dos seus custos.<sup>155</sup> A Diretoria Colegiada, por sua vez, acompanhou o Relator com unanimidade, cuja decisão consubstanciou-se no Despacho nº 4.909, de 3 de janeiro de 2012.

Em atendimento à determinação supra, a Diretoria da ANEEL, mediante Voto do então Diretor-Relator Julião Coelho, decidiu por instaurar a 1ª fase da Audiência Pública nº 099/2012<sup>156</sup>, na modalidade intercâmbio documental. A Nota Técnica nº 0157/2012-SRE/SRD/ANEEL, contudo, apresentou apenas uma solução de curto prazo, beneficiando somente 03 (três) consumidores livres<sup>157</sup>. Nesta análise técnica, foi recomendado o pagamento de uma TUSD diferenciada que “[...] objetiva diminuir o degrau tarifário existente na fronteira entre os sistemas de transmissão e de distribuição<sup>158</sup> [...]”, todavia, sem contemplar a necessária metodologia locacional para o cálculo da tarifa<sup>159</sup>, como ocorre no cálculo da TUST.

Contudo, até a presente data, a ANEEL ainda não finalizou referida Audiência Pública ou instaurou a aludida 2ª fase, objetivando editar Resolução Normativa que regule o

---

<sup>154</sup> A Superintendência de Regulação Econômica – SRE possui a competência de “estabelecimento dos valores iniciais, dos reajustes e das revisões de tarifas de energia elétrica, bem como dos encargos setoriais definidos em lei; e desenvolvimento contínuo de estudos e propostas de regulação econômica por incentivos, que contribuam para a otimização da estrutura tarifária e o adequado equilíbrio entre confiabilidade do fornecimento e modicidade das tarifas e preços;” (Art. 23, inciso I, do Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349/97)

<sup>155</sup> ANEEL. Processo nº 48500.007238/2010-31. Voto do Relator Edivaldo Alves Santana, de 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

<sup>156</sup> ANEEL. Audiência Pública nº 099/2012. Publicada no DOU em 16/11/2012.

<sup>157</sup> Os consumidores livres contemplados na recomendação da Nota Técnica nº 0157/2012-SRE/SRD/ANEEL foram a COCAMAR Cooperativa Agroindustrial, Votorantim Metais Zinco S.A. e Granha Ligas Ltda.

<sup>158</sup> A metodologia adotada ainda assim manteve o pagamento da TUSD. Nesse sentido, vide Resolução Normativa ANEEL nº 506, de 4 de setembro de 2012, que estabelece as condições de acesso ao sistema de distribuição por meio de conexão a instalações de propriedade de distribuidora e dá outras providências.

<sup>159</sup> A Nota Técnica nº 0157/2012-SRE/SRD/ANEEL consignou que a melhor solução (“*first Best*”) seria “[...] uma nova metodologia é um estudo mais estruturado e abrangente de médio prazo, aprimorando a estrutura tarifária na distribuição para o segmento carga por meio da aproximação entre os custos gerados pelo consumidor e sua tarifa. Uma das formas de se alcançar isso é, por exemplo, utilizar metodologia locacional. Contudo, esta alternativa precisa de uma análise minuciosa para sua aplicação no âmbito da distribuição, pois não há consenso sobre sua aplicação, como visto na experiência da sua aplicação no cálculo das tarifas de uso dos geradores (TUSDg), onde a resolução normativa já passou por 2 alterações [vide Resolução Normativa ANEEL nº 349/2009, alterada pela Resolução Normativa ANEEL nº 402/2010 e Resolução Normativa ANEEL nº 439/2011] e recebeu diversos recursos.”

cálculo da tarifa de uso do fio para os consumidores livres com suas unidades consumidoras conectadas às DIT's, estando, portanto, em mora quanto aos seus deveres e obrigações para fins de solucionar esta questão de forma adequada e isonômica. Sendo assim, esta situação ainda está pendente de uma solução regulatória necessária a garantir a isonomia entre os referidos consumidores.

### **3.2 A necessária isonomia entre os consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às DIT's**

Pelo que se pôde constatar, a decisão em classificar as DIT's como integrantes das instalações de distribuição, na forma do que foi promovido pela Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, causou incremento nos custos com o pagamento da TUSD para diversos consumidores livres, como foi o caso da RIMA e ALCOA.

Em ambas as situações, foram constatadas que as unidades consumidoras estavam acessando instalações pertencentes às concessionárias de transmissão, mas estava sendo-lhes exigido que pagassem a TUSD, simplesmente pelo fato da opção regulatória ter classificado as DIT's em instalações pertencentes ao âmbito das distribuidoras, o que não levou em conta se a distribuidora realiza ou promove investimentos nessas instalações. Utilizou-se somente o critério “tensão”, sem levar em conta a “função” que essas instalações desempenham no sistema elétrico, isto é, a função de transmissão pela qual se deve respeitar o uso locacional de seus acessantes (usuários).

Em ambos os casos, também não houve perda de receita pela distribuidora local, na medida em que os ativos eram pertencentes à concessionária de transmissão e a utilização somente ocorria pelos consumidores livres, ou seja, não houve investimentos da distribuidora local que justificassem perda de receita.

Observe-se que o consumidor cativo, ao exercer a opção de tornar-se livre e não mais permanecer no mercado regulado da distribuidora local, evita que essa concessionária de distribuição tenha que promover investimentos para atendimento de sua demanda, pois pode ocorrer (o que é bastante provável) aumento das necessidades de energia por parte deste consumidor, o que exigirá investimentos que somente serão reembolsados quando da próxima



revisão tarifária<sup>160</sup>. Esse é o risco de mercado que a distribuidora naturalmente assume em face da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, em que eventual prejuízo entre os investimentos e a próxima revisão tarifária sempre será suportado pela distribuidora.

Idêntico raciocínio de risco de mercado também deve ser aplicado ao consumidor que deixa de pagar a TUSD por estar conectado a uma DIT, em que o prejuízo suportado deve ser assumido pela distribuidora até que haja revisão tarifária que promova o devido reposicionamento tarifário da distribuidora.

O certo é que a Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, ao definir somente a tensão como critério para classificar os ativos de distribuição e transmissão, não assegurou tratamento regulatório segundo a função desempenhada por essas DIT's, no sentido de onerá-las pelo pagamento da tarifa segundo a função desempenhada no sistema de transmissão. Houve, portanto, quebra na isonomia que deve ser assegurada aos consumidores livres com instalações conectadas às DIT's.

O que houve foi uma interpretação equivocada da Agência Reguladora sobre o disposto no art. 15, §5º, da Lei nº 9.074/1995, porquanto a saída do consumidor cativo não causa aumento tarifário para os consumidores remanescentes da distribuidora, mas sim possível incremento nos custos associados ao risco que deve ser suportado pela distribuidora. Ou seja, a distribuidora poderá arcar com a sobra de energia que contratou com a saída deste consumidor livre, mas, contudo, este também é um risco de mercado que deve ser assumido, pois, se houver aumento da demanda, não haverá sobra de energia e, portanto, nenhum prejuízo será suportado pela distribuidora.

Importante ressaltar, ainda, que deve-se considerar que a demanda pelo consumo de energia elétrica está sempre em crescimento, e que conexão de mais unidades consumidoras nas DIT's irá diminuir os custos associados com o uso dessas instalações, na medida em que o rateio<sup>161</sup> para o pagamento TUST irá compreender o(s) novo(s) consumidor(es) que passar(em) a integrar aquelas instalações, diminuindo-se, proporcionalmente à quantidade de novos consumidores, a TUST dos demais. Neste caso, não haverá o aludido aumento tarifário, mas sim a sua redução.

---

<sup>160</sup> A revisão tarifária, nesse sentido, ao reposicionar a tarifa da distribuidora, irá considerar nos cálculos a saída do consumidor livre, sem, contudo, incluir a perda de receita entre a data da saída do consumidor e data da revisão tarifária. Esse risco está associado a própria prestação do serviço e é considerado no planejamento para atendimento da totalidade do seu mercado consumidor.

<sup>161</sup> Vide Nota de Referência nº 79.

A opção regulatória, nesse sentido, deve pautar-se por critérios de discricionariedade (conveniência e oportunidade) que possam estar em plena sintonia com os investimentos dos agentes, garantindo-se, pois, o necessário equilíbrio entre os agentes regulados. Ao se conferir uma situação mais vantajosa a alguns consumidores livres, como foi à ALCOA e à RIMA, e, mais adiante, a mais 03 (três) consumidores – em face da 1ª fase da Audiência Pública nº 099/2012 – não se pode negar provimento ou omitir-se quanto aos demais.

Deve-se garantir tratamento isonômico aos usuários que se encontram em idêntica ou semelhante situação, levando em conta os critérios físicos e econômicos envolvidos, neste caso, fazendo-se uma correlação entre os custos envolvidos com a operação de transporte de energia e a contraprestação pela utilização desses ativos de transmissão.

Retomando a questão dos direitos fundamentais, é de especial relevo considerar que a isonomia, que ora se invoca para decidir a questão dos consumidores livres, possui assento privilegiado na Constituição Federal, hierarquicamente superior às demais normas jurídico-constitucionais. Não somente isso, o direito fundamental à igualdade revela-se como parâmetro hermenêutico e concretizador, assentado no núcleo essencial da Constituição Federal e irradiado para todas as esferas dos Poderes Públicos, inclusive sobre os atos regulatórios praticados pela ANEEL, sejam de cunho normativo ou decisório.

Constituem-se parâmetros concretizadores e vinculativos a todos os Poderes Públicos, inclusive quanto à determinação de que se produza uma regulação eficiente e condizente com os custos associados à transmissão de energia elétrica. Sendo assim, é um aspecto básico que deve nortear precipuamente a questão ora em análise, ainda mais quando considerado que há uma seara de 1.500 (mil e quinhentos) consumidores livres que não foram contemplados com a benesse tarifária como o foram os citados consumidores.

Portanto, impende destacar que compete à ANEEL traduzir a questão ora analisada em uma *novel* Resolução Normativa, justamente para disciplinar a situação específica dos consumidores livres, com instalações conectadas às DIT's, e que estão pagando indevidamente a TUSD, quando, de fato, estão utilizando instalações de propriedade das concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica, em que a tarifa pelo seu uso (TUST) considera o uso locacional das instalações de transmissão.

## CONCLUSÃO

O setor elétrico passou por intensas transformações a partir do marco regulatório de 1995. Instituiu-se um novo modelo do serviço pelo preço (*price cap*) e promoveu-se a desverticalização, separando-se as atividades de geração, transmissão e distribuição, onde os segmentos de geração e comercialização passaram a ser qualificados como atividades competitivas, com vistas a estabelecer um modelo concorrencial e mais eficiente no fornecimento de energia elétrica aos usuários.

Naquele contexto foi instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME, que tem como finalidade regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, sempre em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Foi criado o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, cuja competência é desempenhar as atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica, integrante do Sistema Interligado Nacional – SIN/Rede Básica.

Com este novo modelo surgiram os consumidores livres de energia elétrica, que são os grandes consumidores de energia, os quais adquirem energia elétrica no mercado livre, a partir de contratos bilaterais e com preços livremente pactuados, de curto ou longo prazo. Suas operações de registro contratual e contábeis passam então a ser operacionalizadas pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, cujos agentes passam a ter a obrigação de garantir a totalidade da energia ou potência contratada, se necessário mediante recomposição de lastro de energia ou potência, ao Preço de Liquidação das Diferenças – PLD, no mercado *spot*, sob pena de sofrerem penalidades e até o desligamento da Câmara.

O consumidor livre, ao exercer a sua opção de adquirir energia livremente, obriga-se a ressarcir os custos de transporte envolvidos, mediante o custeio da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD, paga à concessionária de distribuição, ou da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão – TUST, paga à concessionária de transmissão, conforme o caso.

Conceituou-se que a atividade de transmissão caracteriza-se como o transporte da energia elétrica, gerada pelas usinas produtoras, às subestações distribuidoras, bem como da interligação entre dois ou mais sistemas de geração de energia. Definiu-se que a Rede Básica opera com um Sistema Interligado Nacional – SIN, que consiste na interligação eletroenergética de quatro submercados de energia (Sul, Centro-Sudeste, Nordeste e Norte),

com a função sistêmica de assegurar a otimização dos recursos eletroenergéticos existentes ou futuros.

Teceram-se considerações sobre os serviços e instalações de energia elétrica previstos na Constituição Federal, para fins de definir quais seriam os serviços e instalações de transmissão. Definiu-se que a função decorre de toda atividade diretamente envolvida na obtenção da eletricidade e decorre do serviço. Assim, chegou-se à conclusão de que a Lei nº 9.074/1995, ao definir 04 (quatro) categorias de instalações de transmissão, não estabeleceu qual o critério adotado para cada qual, ou seja, se tensão, função ou a junção de ambos.

A partir deste contexto legal definido pela Lei nº 9.074/1995, abordaram-se as espécies de instalações de transmissão de propriedade das concessionárias de transmissão, caracterizadas por 06 (seis) categorias de instalações de transmissão, 04 (quatro) definidas no art. 17 da Lei nº 9.074/95, quais sejam, (i) Rede Básica do SIN, (ii) âmbito próprio da concessionária de distribuição, (iii) interesse exclusivo das centrais de geração e (iv) interligações internacionais, bem como outras 02 (duas) categorias definidas no art. 6º do Decreto nº 2.655/1998, isto é, as (v) Demais Instalações de Transmissão – DIT's e as (vi) ICG's

A partir dessa premissa, chegou-se à conclusão de que o critério utilizado para conceituar a Rede Básica foi, via de regra, somente o da tensão elétrica dessas instalações, que deve ser maior ou igual a 230 kV, e que as instalações com tensão menor, que não são exclusivas das centrais de geração e não importam ou exportam energia, seriam as DIT's.

Tal critério, como visto, causou distorções quanto ao pagamento da tarifa pelo uso do fio pelos consumidores livres, pois os que antes estavam com instalações conectadas às DIT's, com tensão inferior à 230 kV, e pagavam a TUST, após a edição da Resolução Normativa ANEEL nº 67/2004, passaram a pagar os elevados custos da TUSD, simplesmente pela opção regulatória de que estas instalações estariam no âmbito da distribuidora local (função de distribuição), motivada pelo suposto aumento tarifário para os demais consumidores cativos da distribuidora local, na forma do que prevê o art. 15, §5º, da Lei nº 9.074/1995.

A partir da constatação de que houve quebra de isonomia entre os consumidores livres de energia elétrica, passou-se a tecer considerações sobre as características essenciais dos direitos fundamentais, sobretudo o direito fundamental à isonomia (tratamento igualitário). Destacou-se a questão da posição privilegiada que os direitos fundamentais

ocupam em relação às demais normas jurídico-constitucionais e a função hermenêutica e vinculativa que possuem sobre todos os atos dos Poderes Públicos (Executivo, Legislativo E Judiciário), constituída na aplicação imediata e no efeito irradiante sobre todo o ordenamento jurídico.

Com base na missão precípua da ANEEL, em orientar a execução de suas atividades finalísticas, de modo a criar condições favoráveis para que o mercado de energia elétrica se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, em atenção a (i) adoção de critérios que evitem ou impeçam o livre acesso aos sistemas elétricos, e a (ii) criação de ambientes que incentivem os investimentos e assegure a viabilidade econômica e financeira dos agentes concessionários, permissionários e autorizados, concluiu-se que as decisões sobre o tema em análise devem ser pautadas por uma opção discricionária tecnicamente eficiente, mas, sobretudo, sempre em obediência aos direitos fundamentais e normas legais e regulamentares então vigentes.

No caso dos consumidores livres ALCOA e RIMA, a Agência Reguladora entendeu que deveria atender o pleito desses agentes para que suas unidades consumidoras se conectassem a Rede Básica e, em consequência, passassem a pagar a TUST, pois: (i) não haveria aumento da tarifa para os demais consumidores cativos da distribuidora (art. 15, §5º, da Lei nº 9.074/95); (ii) a distribuidora não havia realizado investimentos nessas instalações de transmissão; e (iii) tais instalações fazem parte dos ativos das transmissoras.

Ademais, a migração das instalações desses consumidores para a Rede Básica também não ocasionaria dever de indenização pelos ativos das instalações de transmissão, pois tais instalações não integravam os ativos da distribuidora e, em ambos os casos, foram construídos pelos próprios consumidores livres.

No caso da RIMA, o então Diretor-Relator da ANEEL determinou às Superintendências que promovessem análise regulatória para fins de aperfeiçoamento desta questão, com vistas a garantir tratamento isonômico aos demais consumidores livres não alcançados pela sua decisão. Contudo, conforme apontado na 1ª fase da Audiência Pública nº 099/2012, não houve uma solução definitiva para o caso, no sentido de buscar a metodologia do sinal locacional utilizado no cálculo da TUST e TUSDg.

O aperfeiçoamento desta questão, por sua vez, possui amparo no direito fundamental à isonomia que deve ser garantida a todos os consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às DIT's, os quais devem pagar a tarifa correspondente pela efetiva

utilização das instalações de transmissão, segundo o uso locacional, e não por opção regulatória de que, supostamente, seriam instalações de âmbito da distribuidora. Deve haver, pois, a devida correlação entre a utilização das instalações de transmissão e a justa contraprestação pela utilização do respectivo serviço.

Houve equívoco da Agência quando da interpretação do disposto no art. 15, §5º, da Lei nº 9.074/95, pois não restou evidenciado o aludido aumento tarifário em resposta à saída dos consumidores cativos do âmbito da distribuição. A tendência crescente de aumento do número de consumidores, associado ao cálculo da TUST - que é rateado entre os acessantes das instalações de distribuição - ocasionaria, neste caso, a redução da TUST paga pela distribuidora à concessionária de transmissão. A saída do consumidor também evita que a distribuidora tenha que investir nessas instalações, caso o consumidor demandasse mais energia ou potência. Trata-se de um risco de mercado que a distribuidora assume em face da prestação do serviço público desempenhado, em que eventuais prejuízos deverão ser suportados até que haja o reposicionamento da sua tarifa na próxima revisão tarifária.

Pelo exposto, é de se admitir a necessidade de adequação das normas da ANEEL que disciplinam o assunto, com vistas a garantir tratamento isonômico entre os consumidores livres com unidades consumidoras conectadas às DIT's, mediante a edição de Resolução Normativa que atenda ao critério da função exercida pelas instalações de transmissão, assegurando-se adequada remuneração pelo serviço público prestado em face da utilização das instalações, segundo o uso locacional que cada consumidor demanda, tal qual foi operacionalizado no caso da TUSD-G, encargo pago pelas instalações de transmissão de uso restrito dos geradores, calculado com base no uso locacional dessas instalações no sistema elétrico.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADRE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ANEEL. Audiência Pública nº 099/2012. Publicada no DOU em 16/11/2012. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ANEEL. Informações Técnicas disponibilizadas no sítio eletrônico. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 5 mai. 2014.

ANEEL. Nota Técnica nº 12/2005-SRT/ANEEL, de 26 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

ANEEL. Nota Técnica nº 72/2011-SRD/SRE/ANEEL, de 13/12/2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 21 abr. 2014.

ANEEL. Nota Técnica nº 157/2012-SRE/SRD/ANEEL, de 19 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ANEEL. Perguntas e Respostas sobre Tarifas das Distribuidoras de Energia Elétrica. Disponível em: <[http://www.aneel.gov.br/biblioteca/Perguntas\\_e\\_Respostas.pdf](http://www.aneel.gov.br/biblioteca/Perguntas_e_Respostas.pdf)>. Acesso em 12 fev. 2014.

ANEEL. Processo nº 48500.002610/04-31. Parecer nº 016/2006-PF/ANEEL, de 05 de janeiro de 2006.

ANEEL. Processo nº 48500.002610/04-31. Voto do Relator Edvaldo Alves Santana, de 4 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1º mai. 2014.

ANEEL. Processo nº 48500.007238/2010-31. Voto do Relator Edivaldo Alves Santana, de 20 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 27 abr 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Autorizativa nº 501, 10 de abril de 2006. Autoriza, para fins de regularização, o acesso da Alcoa Alumínio S.A, à rede básica do Sistema Interligado Nacional - SIN, em caráter excepcional, mediante conexão ao barramento da Subestação Poços de Caldas, de FURNAS Centrais Elétricas S.A. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1º mai. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 433, de 10 de novembro de 2000. Atualiza os critérios para composição da Rede Básica do sistema elétrico interligado e dá outras providência. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 489, em 29 de agosto de 2002. Estabelece as condições gerais para a implementação de instalações específicas de transmissão não integrantes da Rede Básica e dá nova redação ao art. 7º da Resolução

ANEEL nº 433, de 10 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução nº 286, de 01 de outubro de 1999. Estabelece as tarifas de uso dos sistemas de distribuição. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa nº 67, de 8 de junho 2004. Estabelece critérios para a composição da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 41.019, de 26 de fevereiro de 1957. Regulamenta os Serviços de Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1988. Regulamenta o Mercado Atacadista de Energia Elétrica, define as regras de organização do Operador Nacional do Sistema Elétrico, de que trata a Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997,



9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Portaria MME nº 349, de 28 de novembro de 1997. Aprova o Regimento Interno da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 1º mai. 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CCEE. Câmara de Comercialização da Energia Elétrica. Regras de Comercialização Glossário de Termos / Interpretações e Relação de Acrônimos (Anexo). Versão 2013.2.1. Disponível em: <<http://www.ccee.org.br>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

FIGUEIRA, Nilton César. Geração e Transmissão de Energia. Colégio Iguaçu, Foz do Iguaçu-PR, 2011. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Constituição, energia e setor elétrico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. Tomo IV.

PIMENTA, André Patrus Ayres. *Curso de especialização em Direito Regulatório de Energia Elétrica*. ANEEL. Brasília. 15 jan. 2009. Disponibilizado em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SERRATO, Eduardo. *Fronteiras paramétricas de eficiência para o segmento de transmissão de energia elétrica no Brasil*. 2006. 79 f. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público)-Universidade de Brasília, Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade, Ciência da Informação e Documentação, 2006

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VALE, André Rufino do. *Eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.